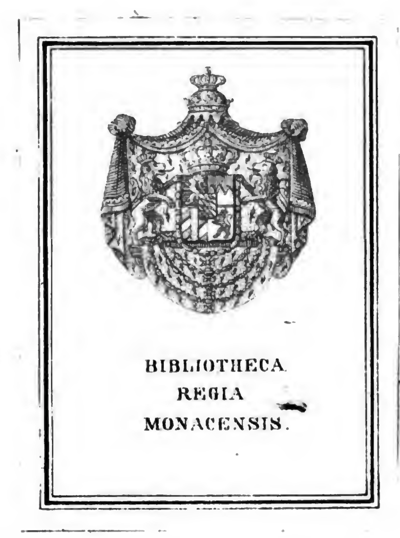
PANDEKTEN-RECHT FÜR STUDIRENDE

Bruno Schilling



Schilling



Pandekten-Recht

für

Studirende

von

D. Bruno Schilling,
außerordentlichem Professor der Rechte an der
Universität Leipzig.

Berlin, 1844.
Verlag von Carl Heymann.

Einleitung.

§. 1.

Begriff der Pandekten.

Das Wort: Pandekten kommt in einem dreyfachen Sinne vor:

1) im ursprünglichen versteht man darunter die mit diesem Worte bezeichnete Rechts-Compilation des Kaisers Justinian,

2) im neuern oder angewandten: das ganze Justinianeische Privatrecht, so weit es im glossirten Corpus iuris ciuilis enthalten und in Deutschland anwendbar ist.

3) Im academischen Sinne, welcher der gegenwärtigen Darstellung zum Grunde liegt, fügt man zu dem glossirten Justinianeischen Rechte auch noch diejenigen privatrechtlichen Sanctionen hinzu, die in dem Canonischen Rechte und in den deutschen Reichsgesetzen enthalten sind, weshalb denn vom Begriffe der Pandekten das deutsche Privatrecht und das Lehnrecht gänzlich ausgeschlossen bleiben.

I. Das Wort: Recht (ius) in seinen verschiedenen Bedeutungen.

§. 2.

Recht in subjectiver und objectiver Bedeutung.

Das Wort: ius (Recht) wird vorerst in einer doppelten Hauptbedeutung verstanden:

1) in der subjectiven: facultas, aliquid faciendi vel omittendi (Befugniß, Gerechtsame, Gerechtigkeit) und

2) in der objectiven: norma, ad quam ciues (homines) actiones suas componere tenentur (Gesetz, Rechtsnorm, Rechtsvorschrift). In dieser Bedeutung ist also ius gleichbedeutend mit lex (Gesetz) im weitern Sinne.

Aber auch das Wort lex wird bei den Römern in einem gewissen engern und in einem engsten Sinne gebraucht. Im engern ist es gleichbedeutend mit *populiscitum* s. *lex centuriata:* norma iuris in comitiis centuriatis, rogante magistratu senatorio, condita. Hier ist der Gegensatz das plebiscitum, von welchem weiter unten die Rede seyn wird. Im engsten Sinne aber ist lex gleichbedeutend mit *conditio* s. *pactum adiectum:* norma specialis, quam paciscentes contractui a se ipsis inito adponunt, z. B. **Lex** commissoria.

§. 3.

Andere Bedeutungen des Wortes: ius.

1) Solche, welche den Römern eigen sind:

a. Locus, vbi ius dicitur. Hiermit wird das tribunal praetoris bezeichnet, nämlich der Ort, wo Recht gesprochen wurde, wo also der praetor saß, um streitige Rechtssachen zu entscheiden, daher die uralte Formel, deren sich die Römer bedienten, wenn sie Jemanden vor Gericht ziehen wollten: ambula mecum in ius! so wie auch der Ausdruck: aliquem obtorto collo in ius deducere.

b. Prima pars processus Romanorum ciuilis, quae coram praetore tractabatur. Das bürgerliche Gerichtsverfahren der Römer zerfiel nämlich in zwey Hauptheile: ius und iudicium und letzteres wurde vor dem iudex pedaneus verhandelt.

2) Solche, welche auch bei uns vorkommen:

a. ein bestimmter Inbegriff von Gesetzen, welche sämmtlich entweder aus einer und derselben Quelle hervorgegangen sind, z. B. Römisches, Deutsches Recht, oder einen und denselben Gegenstand betreffen, z. B. Kirchenrecht, Lehnrecht.

b. Rechtswissenschaft (iurisprudentia).

c. Gerechtigkeit (iustitia), daher ius dicere soviel bedeutet, als iustitiam exercere.

II. Von der Iustitia (Gerechtigkeit).

§. 4.

Begriff derselben.

Iustitia kommt, gleich dem Rechte selbst, in einer subjectiven und in einer objectiven Bedeutung vor. In dem subjectiven Sinne wird sie von den Stoikern definirt: constans et perpetua voluntas, ius suum cuique tribuendi: pr. Inst. *de Iust. et iur.* Da aber der bloße Wille Niemanden zu einem iustus macht, wenn nicht auch seine Handlungen der Absicht entsprechen, so reicht jene Erklärung nicht aus und man muß vielmehr sagen: ratio viuendi legibus consentanea. Gerechtigkeit im subjectiven Sinne ist also diejenige Handlungsweise, welche den Gesetzen entspricht, und in diesem Sinne soll jedem Staatsbürger die iustitia beywohnen.

Hingegen im objectiven Sinne ist iustitia: complexus principiorum, quae iudex in legibus adplicandis seruare tenetur. In diesem Sinne heißt: iustitiam exercere: die Gerechtigkeit pflegen, Recht sprechen, und hier schreibt man die iustitia nur denjenigen Personen zu, welche richterliche Pflichten und Rechte haben.

§. 5.

Eintheilungen der iustitia.

Die iustitia im subjectiven Sinne wird in expletricem und attributricem eingetheilt. Expletrix: quae in implendis officiis perfectis versatur. Vollkommene Pflichten sind nämlich diejenigen, zu deren Erfüllung alle Staatsbürger ohne Unterschied gezwungen werden können und welche also den allgemeinen drey Rechtsvorschriften (praeceptis iuris) entsprechen: honeste viue, neminem laede, suum cuique tribue!

Iustitia attributrix hingegen: quae tendit ad implementum officiorum imperfectorum. Die unvollkommenen Pflichten bestehen aber in Vorschriften der Moral oder in Liebespflichten, zu deren Ausübung Niemand gezwungen werden kann und welche also einen höhern Standpunkt einnehmen, als er im Staate aufgefaßt werden kann. Eine andere Eintheilung der iustitia, welche die ältern Juristen häufig erwähnen, in vniuersalem und particularem, sammt

1*

der Untereintheilung der letztern in commutatiuam und distributiuam ist unlogisch und der Rechtswissenschaft fremd.

III. Von der Iurisprudentia.

§. 6.

Begriff derselben.

Iurisprudentia (Rechtswissenschaft) ist nach der Legaldefinition: diuinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia: L. 10. §. 1. D. *de Iust. et iur.* Ueber die Bedeutung des Wortes: diuinae res sind die Juristen verschiedener Meynung, indem einige das Naturrecht, andere aber das ius *sacrum* positiuum der alten Römer darunter verstehen. Es dürfte jedoch die letztere Meynung den Vorzug verdienen, weil das Naturrecht in diesem Sinne auf der gesunden Vernunft beruht, mithin jedem Menschen angeboren ist und nicht besonders erlernt zu werden braucht, dahingegen das positive Recht der ältesten Römer bekanntlich mit dem Cultus derselben auf das Innigste verbunden war. Unter den humanis rebus sind daher diejenigen positiven Gesetze zu verstehen, welche nicht mit dem Cultus zusammenhängen.

Weil nun diese Legal-Definition auf unsere Zeiten nicht völlig passen möchte, so ist die Doctrinal-Definition wohl besser so zu stellen: scientia legum et ars interpretandi et adplicandi easdem.

§. 7.

Eintheilung.

Nach dieser Doctrinal-Definition ergiebt sich von selbst die Eintheilung der iurisprudentia in theoreticam und practicam, jenachdem sie sich bloß mit Auslegung oder auch zugleich mit Anwendung der Gesetze beschäftigt, und deshalb sind diese beyden Begriffe auf das Genaueste von einander zu trennen. Die adplicatio legum kann, wie auch Cicero sagt, auf eine vierfache Weise geschehen: iudicando, postulando, cauendo und de iure respondendo. Das erste gehört für den Richter, das zweyte und dritte für den Sachwalter, das vierte endlich für jeden Juristen ohne Unterschied, weshalb denn auch

der theoretische Jurist durch das respondere zum practischen wird.

Iudicare heißt: caussis litigiosis per sententiam finem imponere.

Postulare: procedere in iudicium ad iura aliorum ciuium defendenda: das eigentliche Advociren.

Cauere: auertere damnum, quod quis ex negotio ciuili experiri posset. Hierher gehören die sogenannten Cautelen, d. h. Vorsichts-Maaßregeln, durch welche man sich bey Abschließung von Rechtsgeschäften vor etwanigem Nachtheile zu sichern sucht.

Respondere: de vera mente alicuius legis consilium edere: einen guten Rath in Rechtssachen ertheilen, was besonders bey den Römischen Juristen von großer Wichtigkeit war, aus deren Gutachten eine wichtige Quelle des Rechtes entstanden ist, die man responsa prudentum nennt.

§. 8.

Von der Interpretatio iuris.

Die iurisprudentia theoretica beschäftigt sich aber mit der *interpretatio iuris:* negotium, quod in inuestiganda legis alicuius sententia versatur. Nach der gewöhnlichen Meynung wird die interpretatio iuris in *authenticam, vsualem* und *doctrinalem* eingetheilt. Allein diese Eintheilung läßt sich nicht aufrecht erhalten, weil die beiden ersteren Gattungen mit dem wissenschaftlichen Begriffe der interpretatio nichts gemein haben.

Nämlich authentica wird diejenige genannt, quae ab ipso legislatore proficiscitur. Diese ist aber, streng genommen, keine interpretatio, sondern eine noua lex, weil die Auslegung des Gesetzgebers, wenn sie auch den Erfordernissen der Rechtswissenschaft nicht entspräche, dennoch beobachtet und angewendet werden müßte.

Vsualis interpretatio ist: cui iurisconsulti per longum tempus adsueuerunt. In der Wissenschaft hat aber die Gewohnheit kein Tribunal und eine falsche Ansicht kann durch den Ablauf von Jahrhunderten nicht richtig werden, vielmehr darf bey der Auslegung der Gesetze nur die ratio iuris entscheiden und der vsus hat keinen Einfluß darauf. Mit der vsualis interpretatio darf der vsus fori (Gerichtsbrauch) nicht verwechselt werden, d. h. die gleichförmigen Entscheidungen der Richter in gewissen, gleichartigen Rechtssachen.

Der vsus fori kann, obwohl dieß nicht immer der Fall ist, aus der interpretatio vsualis hervorgehen, kann also die Folge derselben seyn, erhält aber nicht hierdurch, sondern durch die stillschweigende Einwilligung der höchsten Gewalt seine Gültigkeit und beruht auf der Erfahrung und dem Staatswohle. Der Begriff der vsualis interpretatio hat also weder eine politische, noch wissenschaftliche Bedeutung.

Das Resultat ist, daß alle Auslegung des Rechtes eine wissenschaftliche seyn muß.

§. 9.

Interpretatio doctrinalis.

Die wissenschaftliche Auslegung des Rechts wird wieder in grammaticam und logicam eingetheilt. Jene ist: quae in verbis legum subsistit; diese: quae rationem et mentem legis concernit, und die logica ist wieder dreyfach:

1) *Declaratiua:* quae adhibetur, si verba legis cum mente eius ac ratione pari passu ambulant. Hier ist also bloß davon die Rede, daß die von dem Gesetzgeber selbst aufgestellten Fälle richtig erklärt werden, keineswegs davon, daß der Ausleger diese Fälle zu erweitern oder zu beschränken habe.

2) *Extensiua:* qua vtimur, si ratio et consilium legis latius patent, quam eius verba. Hier legt der interpres dem Gesetze mehr Fälle unter, als durch die Worte des Gesetzes bezeichnet sind und bringt den Grundsatz zur Anwendung: vbi eadem est legis ratio, ibi eadem est dispositio. Endlich

3) *Restrictiua:* quae obtinet, si verba legis latius patent, quam ratio et consilium eiusdem. Durch diese zeigt der Ausleger, daß gewisse von dem Gesetzgeber selbst erwähnte Fälle wegbleiben müssen, weil sie sich mit dem Geiste des Gesetzes nicht vereinigen lassen, und hierher gehört der Grundsatz: cessante legis ratione, cessat eius dispositio.

Endlich ist von der interpretatio iuris extensiua die *analogia iuris* zu unterscheiden. Jene nämlich kann nur dann angewendet werden, wenn es sich darthun läßt, daß der Gesetzgeber an die Fälle, welche der Ausleger hinzufügt, wirklich gedacht habe, oder doch habe denken sollen, hingegen die Rechtsanalogie wendet ein Gesetz auf solche Fälle an, an welche der Gesetzgeber nicht hat denken können, besonders weil das Institut, auf welches ein

Gesetz analogisch angewendet wird, zur Zeit des Gesetzgebers noch gar nicht existirte.

IV. Eintheilungen des Rechts im objectiven Sinne.

§. 10.

1) Ius naturale, gentium et ciuile.

Diese ist die Grund- und Haupt-Eintheilung, indem sie den Ursprung oder die Quelle aller objectiven Rechte bezeichnet. *Ius naturale* wurde nämlich von den Stoikern erklärt: ius, quod natura omnia animalia docuit. L. 1. §. 3. D. *de Iust. et iur.* pr. Inst. h. t. Dieser Begriff ist aber eine Verwechselung und hat auf die Rechtswissenschaft keinen Einfluß, weil er sich auf alle Geschöpfe bezieht und also nur Instinct genannt werden kann, das Recht aber bloß dem Menschen, als einem vernünftigen, mithin willensfreyen Wesen angehört. An die Stelle dieser Römischen Definition setzen wir daher folgende: est ius, quod Deus per sanam rationem omnibus hominibus promulgauit. Man darf aber nicht glauben, daß die Römer diesen Begriff nicht gekannt hätten, sie gaben ihm nur einen andern Namen: ius gentium.

Ius gentium ist aber heut zu Tage: quod inter varias gentes obtinet und dieses kann aus einer doppelten Quelle fließen, entweder aus der gesunden Vernunft oder aus Verträgen, welche verschiedene Staaten mit einander geschlossen haben, und wird daher in ius gentium *naturale* und *positiuum* getheilt. Endlich:

Ius ciuile gewährt sowohl bey den Römern, als bey uns denselben Hauptbegriff: ius, quod quaelibet ciuitas sibi tamquam proprium constituit, also dasjenige Recht, welches aus den Satzungen jedes einzelnen Staates hervorgeht und welches auch ius positiuum genannt wird.

Für uns wird demnach die Grundeintheilung alles Rechtes im objectiven Sinne: in ius naturale und positiuum seyn.

§. 11.

Verschiedene Bedeutungen des Wortes: ius ciuile.

Aber sowohl im Römischen, als heutigen Rechte kommt das Wort ius ciuile unter sehr verschiedenen und zwar folgenden Bedeutungen vor:

1) in der schon erwähnten Grundbedeutung: ius positiuum.

2) Ius positiuum *Romanorum*, weil diese nur ihren Staat für einen solchen hielten und die positiven Gesetze anderer Völker leges barbaras oder mores oder ius gentium nannten.

3) *XII tabulae*, welche Cicero selbst ius ciuile nennt und als fons omnis iuris ciuilis bezeichnet, indem auf die weise Gesetzgebung der zwölf Tafeln alle spätere Sanctionen des Römischen Rechts gebaut worden sind.

4) Dasjenige Recht, welches dem ius honorarium entgegengesetzt wird, also das gesammte Römische Privatrecht, insoweit es nicht in den edictis magistratuum enthalten ist.

5) Dasjenige Recht, welches aus den responsis prudentum, aus den Schriften der Rechtsgelehrten, allein hervorgieng.

6) Lex Iulia et Papia Poppaea, als ein höchst wichtiges und einflußreiches Staatsgesetz der Römer.

7) Dasjenige Recht, welches in Justinians Compilationen und einzelnen Gesetzen enthalten ist: corpus iuris ciuilis.

8) Dasselbe, jedoch nur, insoweit es glossirt und in Deutschland aufgenommen worden ist: corpus iuris ciuilis glossatum.

9) Ein bloßer Theil des corpus iuris ciuilis, nämlich die Pandekten: Digesta, ius vetus enucleatum. Diese Bedeutung entspricht der oben unter 5. angegebenen und

10) Ius priuatum im Gegensatze des iuris publici.

§. 12.

2) Ius publicum et priuatum.

Der Begriff des ius publicum erfährt von Seiten der Juristen eine sehr verschiedene Behandlung, indem viele auch den des ius gentium, des Völkerrechtes, mit hineinziehen, wozu aber durchaus kein wissenschaftlicher Grund vorhanden ist. Vielmehr gehört unsere Eintheilung lediglich dem positiven Rechte an.

Nun ist aber das Wort: ius publicum vorerst ein allgemeiner Begriff: ius, quod ad salutem totius reipublicae spectat, nulla habita ratione singulorum, dahingegen ius priuatum definirt werden muß: ius, quod in vtilitatem singulorum ciuium absque respectu vniuersae ciuitatis introductum est.

Das Privatrecht hat es daher bloß mit den Befugnissen zu thun, welche den einzelnen Staatsbürgern gegenseitig zustehen und bezieht sich hauptsächlich auf Mein und Dein. Auch macht es den einzigen Gegenstand des sogenannten Pandekten-Rechtes aus, weil das ius publicum der Römer auf unsere heutige Verfassung keine Anwendung leidet.

§. 13.

Verschiedene Gattungen des ius publicum:

a. Staatsrecht.

α. im objectiven Sinne.

Aber das ius publicum kommt in einem doppelten Sinne vor, in einem weitern und einem engern. Im weitern Sinne heißt es Staatsrecht, im engern öffentliches Recht. Die richtige Erklärung dieser Begriffe wird sich aus folgender Vorbereitung ergeben.

Respublica s. Ciuitas: societas ad communem securitatem congregata. Es giebt nur einen wesentlichen Zweck des Staates, nämlich die gemeinschaftliche Sicherheit. Zu diesem Zwecke vereinigen sich viele Einzelne durch einen Vertrag, welcher das pactum vnionis genannt wird und auf welchen ein zweyter Vertrag folgt, das pactum subiectionis, wodurch sich die gesammten Staatsbürger einer höchsten Gewalt unterwerfen. Dieser zweyte Vertrag enthält die leges fundamentales (die Grundgesetze des Staates) und stellt die Rechte fest, die der höchsten Gewalt gegen die Staatsbürger und diesen gegen jene zustehen sollen. Der Inbegriff der Vorschriften, welche in diesem Grundvertrage enthalten sind, ist das ius publicum im weitern Sinne oder das Staatsrecht: complexus principiorum, quae pacto subiectionis nituntur et quibus ratio definitur summam potestatem atque ciues intercedens.

§. 14.

β. Im subjectiven Sinne.

Der Umfang derjenigen Hauptrechte, welche die höchste Gewalt durch das pactum subiectionis gegen die Staatsbürger erwirbt, macht das Staatsrecht im subjectiven Sinne aus und enthält

vier Bestandtheile, welche iura maiestatis s. regiminis s. regalia maiora (Majestätsrechte, Regierungsrechte, Hoheitsrechte, höhere Regalien) genannt werden und folgende sind: 1) die gesetzgebende Gewalt (potestas legislatoria), 2) die richterliche Gewalt (potestas iudiciaria), 3) die oberaufsehende Gewalt (potestas inspiciendi) und 4) die vollziehende Gewalt (potestas exsequendi).

§. 15.

b. Oeffentliches Recht.

Das wichtigste Recht, welches der höchsten Gewalt im Staate zukommt, ist die potestas legislatoria. Die Gesetze aber, welche von derselben ausgehen, sind nach den Gegenständen, die sie betreffen, entweder leges publicae, welche auf die Sicherheit und Wohlfahrt des ganzen Staates gerichtet sind, oder priuatae, welche bloß die Befugnisse feststellen, die den einzelnen Staatsbürgern unter sich zukommen. Aus den erstern entspringt das ius publicum im engern Sinne oder das öffentliche Recht: complexus legum, quae a potestate legislatoria descendunt et salutem totius ciuitatis respiciunt, nulla habita ratione singulorum.

Das öffentliche Recht, wohin z. B. das Criminal-, Polizey- und Cameralrecht gehören, kommt nur im objectiven Sinne vor und unterscheidet sich von dem Staatsrechte dadurch, daß es einseitig von der gesetzgebenden Gewalt ausgeht, dahingegen das Staatsrecht auf einem Vertrage zwischen der höchsten Gewalt und den Staatsbürgern beruht.

§. 16.

3) Ius generale et singulare s. speciale.

Diese Eintheilung ist auf das Recht sowohl in objectiver, als subjectiver Bedeutung zu beziehen.

Ius generale: ius, quod ad omnes ciues et caussas se refert et pro regula obseruatur.

Ius singulare: ius, quod tantum ad certas personas vel caussas pertinet. Dieses ist dreyfach:

a. *Ius singulare in specie sic dictum:* ius, quod vel ad certas classes aut ciuium aut caussarum respicit, vel ad omnes ciues pertinet, si certa conditione vtuntur. Aus dieser Definition

ergiebt sich von selbst die Untereintheilung des ius singulare in specie: in ius singulare *in sensu strictissimo* und *beneficium iuris* s. *legis*. Jenes bezieht sich bloß auf bestimmte Classen von Staatsbürgern oder Rechtsverhältnissen, dieses auf alle Staatsbürger, wenn sie sich in einer besondern Lage befinden. Classen von Staatsbürgern sind z. B. die Soldaten, die Geistlichen, Studenten rc. rc. Classen von Rechtsverhältnissen: Ehesachen, Wechselverhältniß, Jagd- und Forstrecht rc. rc. Die besondern Lagen aber, in denen sich Jemand befinden kann und wegen welcher er nach einem ius singulare beurtheilt werden muß, sind z. B. die der Unmündigen, der Schuldner, der Erben rc. rc. Die beneficia iuris werden zuweilen fälschlich priuilegia generalia oder priuilegia in corpore iuris clausa genannt.

b. *Priuilegium:* ius singulare alicui personae aut rei quoad plures actus eiusdem generis futuros concessum. Das Privilegium kann sowohl einer Person, als einer Sache (z. B. einem Gebäude) ertheilt werden und ist daher entweder personale oder reale, und entweder unentgeldlich, oder gegen eine gewisse Leistung und wird deshalb in gratiosum und onerosum getheilt. Das Privilegium wird nie für eine einzelne Handlung, sondern stets für eine ganze Gattung von Handlungen verliehen und bezieht sich bloß auf zukünftige, niemals auf vergangene Handlungen.

c. *Dispensatio:* ius singulare, quo singula persona quoad vnicum actum a lege soluitur. Die Dispensation kann nur einer Person, niemals einer Sache ertheilt werden und hat stets nur eine einzige Handlung zum Gegenstande, welche eben so gut eine vergangene, als zukünftige seyn kann. Sie entbindet allemal vom Gesetze und zwar entweder von einem verbietenden, oder einem befehlenden Gesetze. Im erstern Falle wird sie dispensatio *affirmatiua* im letztern *negatiua* genannt.

§. 17.

4) Ius scriptum et non scriptum:

a. scriptum.

Die Eintheilung des Rechts in geschriebenes und ungeschriebenes darf nicht nach dem Wortsinne erklärt werden, so daß zu definiren wäre: quoad litteris mandatum est, vel non.

Es ist vielmehr *ius scriptum:* quod promulgatum est, und *ius non scriptum:* quod, quamquam non promulgatum, tamen valet. Das ungeschriebene Recht ist daher nur eine Modification des Grundsatzes: Lex non promulgata non obligat.

Das ius scriptum der Römer enthält, wenn wir die sämmtlichen Zeitperioden des Römischen Staates umfassen, überhaupt sechs species (Quellen oder Bestandtheile):

1) Leges in specie sic dictae s. leges centuriatae s. populiscita. (§. 2.)

2) *Plebiscita:* normae iuris in comitiis tributis, rogante tribuno plebis, conditae.

Zu den Zeiten des Freystaates giengen die Gesetze der Römer von dem Volke aus und zwar entweder vom ganzen Volke (Patriciern und Plebejern) oder nur von den Plebejern. Die Volksversammlungen der erstern Art hießen comitia *centuriata,* die der zweyten comitia *tributa*, in beyden aber war es die Sache der obrigkeitlichen Beamten (der magistratus), die Gesetze dem Volke vorzuschlagen (leges ferre s. rogare), welches letztere, früher mündlich, später durch Buchstaben, die auf tabellas (Täfelchen) geschrieben wurden: V. R. (vti rogas) oder A. P. (antiqua probo), den Gesetzesvorschlag entweder genehmigte oder verwarf. Die populiscita wurden von den magistratibus senatoriis s. curulibus (den Consuln, Prätoren ꝛc.), die plebiscita aber von den Volkstribunen in Vorschlag gebracht.

3) *Senatusconsulta:* decreta a Senatu in caussis eiusdem curae commissis condita. Die Verordnungen des Senates waren in der ältern Zeit meistens nur administrativ, hatten also das ius publicum zum Gegenstande, später aber und besonders unter den Kaisern bekamen sie einen bedeutenden Einfluß auf das Privatrecht.

4) *Edicta magistratuum:* formulae, quibus magistratus populum de modo, quo munus suum administraturi essent, certiorem reddebant. Der Inbegriff der Rechtsvorschriften, welche aus diesen Erlassen der Obrigkeiten hervorgegangen sind, wird ius honorarium genannt. Die edicta selbst waren entweder annua s. ordinaria s. perpetua oder repentina s. extraordinaria, jenachdem sie als allgemeine Norm für das ganze Jahr der Amtsführung zu

Anfange derselben, oder auf Veranlassung eines unvorhergesehenen Falles während der Dauer des obrigkeitlichen Amtes aufgestellt wurden. Die edicta annua aber waren hinsichtlich ihres Urhebers entweder noua, welche der neu eintretende magistratus selbst abgefaßt, oder tralatitia, welche derselbe von seinem Vorgänger angenommen hatte.

5) *Responsa prudentum:* consilia de vera mente alicuius legis a iureconsultis exhibita. Die Rechtskenntniß wurde bey den ältesten Römern als ein Geheimniß betrachtet und behandelt, bis Flauius und Aelius sie gemeinnützig machten und die Gutachten berühmter Juristen unter dem Namen der auctoritas prudentum großes Ansehen erlangten, bald auch den gerichtlichen Entscheidungen zu Grunde gelegt und hierdurch zum Gewohnheitsrecht erhoben, endlich aber von den Kaisern in geschriebenes Recht verwandelt wurden.

6) *Principum placita* s. *constitutiones imperatorum:* leges ab imperatoribus vi summae potestatis emissae. Ehe sich die kaiserliche Gewalt befestigte, erschienen diese Gesetze unter der Form von Senatusconsultis und wurden deshalb Orationes principum genannt, aber nach Eintritt der kaiserlichen Machtvollkommenheit giengen sie von den Kaisern allein aus und waren überhaupt von doppelter Art, entweder generales, welche, als allgemeine Rechtsnormen, für das ganze Reich verbindliche Kraft hatten und in edicta und decisiones zerfielen, jenachdem sie von den Kaisern aus eigener Bewegung oder zur Entscheidung der juristischen Controversen (z. B. die 50 Entscheidungen Justinians) erlassen wurden, oder speciales, welche nur einzelne Personen oder einzelne Rechtsverhältnisse betrafen. Diese wurden wieder in mandata, decreta und rescripta getheilt. Die mandata waren kaiserliche Instructionen an die amtführenden Obrigkeiten, die decreta: höchste Entscheidungen in streitigen Rechtsangelegenheiten, und die rescripta: Antworten des Kaisers an einzelne Personen auf vorgängige Bitten, Anfragen oder Berichte. Die Rescripte wurden aber entweder auf besondere Pergamente ausgefertigt (epistolae) oder an den Rand (adnotationes) oder an das Ende der Bittschrift geschrieben (subnotationes). Endlich wurden diejenigen Rescripte, welche an eine Gemeinde (besonders an die Municipia, Landstädte) ergiengen, Sanctiones pragmaticae genannt, weil der Kaiser, ehe er über solche Angelegenheiten einen Entschluß faßte, vorher mit seinen Räthen überlegte.

§. 18.

b. Non scriptum.

α. Ius consuetudinarium.

Das ungeschriebene Recht zerfällt in zwey Hauptgattungen. Es ist nämlich etweder ius consuetudinarium s. consuetudo s. mores maiorum, oder obseruantia.

Ius consuetudinarium: norma iuris ex opinione necessitatis et pluribus actibus ciuium vniformibus orta, per lapsum temporis et consensum principis tacitum comprobata. Nach Maaßgabe dieser Definition hat das Gewohnheitsrecht vier Erforderniße:

1) Opinio necessitatis: die allgemeine Ueberzeugung, daß die Vortrefflichkeit einer Einrichtung die Beybehaltung derselben nothwendig mache. Diese Ansicht der gesammten Staatsbürger wird durch die Existenz des Gewohnheitsrechtes bewiesen und darum als die Quelle desselben (fons s. origo consuetudinis) betrachtet.

2) Plures actus ciuium vniformes. Es muß aber auch einen Erkenntnißgrund geben, aus welchem wir auf jene übereinstimmende Ansicht der Staatsbürger schließen dürfen und diesen können nur die wiederholten Handlungen der Letztern selbst gewähren, welche so beschaffen seyn müßen, daß ihre Gleichförmigkeit auf eine gleiche und allgemeine Ueberzeugung hinweist.

3) Lapsus temporis. Der Begriff der Gewohnheit setzt stets den Abfluß einer längern Zeit voraus, während welcher eine und dieselbe Handlung zu wiederholten Malen Statt gefunden hat. Die Zeit nun, nach deren Ablauf ein Gewohnheitsrecht als existirend betrachtet werden kann, nimmt man, nach Analogie der Verjährung subjectiver Rechte, auf 30 Jahre an.

4) Consensus principis tacitus. Daß keine Rechtsnormen ohne Einwilligung der höchsten Gewalt im Staate gelten können, geht aus dem Begriffe des Staates von selbst hervor, aber hinsichtlich des Gewohnheitsrechtes kann diese Einwilligung nur eine stillschweigende seyn, weil die ausdrückliche Genehmigung des Gesetzgebers das ius consuetudinarium in ein ius scriptum verwandeln würde. Da nun auf dieser Genehmigung die

Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes beruht, so ist dieselbe als der Grund (fundamentum consuetudinis) anzusehen.

§. 19.

Eintheilungen des Gewohnheitsrechtes:

1. in simplex s. introductiuum und derogatorium s. correctorium, jenachdem dasselbe ohne Rücksicht auf bereits existirende Gesetze besteht, oder eine Aufhebung oder Abänderung derselben enthält,

2. in notorium und non notorium. Diese Eintheilung bezieht sich bloß auf die Frage, ob Der, welcher sich auf ein Gewohnheitsrecht beruft, dasselbe erst beweisen müsse? Bey dem letztern ist dieß allerdings erforderlich, das notorische Gewohnheitsrecht bedarf aber keines Beweises. Eine besondere Gattung des notorischen Gewohnheitsrechtes bilden die consuetudines contradicto iudicio firmatae: L. 34. D. *de Legib.* nämlich solche Gewohnheitsrechte, deren Existenz und Gültigkeit durch ein richterliches Urthel bereits anerkannt ist,

3. in generale und speciale, jenachdem es in einem ganzen Lande, oder nur innerhalb eines bestimmten Districtes gilt, und

4. in iudiciale und extraiudiciale, jenachdem es in den Gerichten oder außerhalb derselben gilt. Das gerichtliche Gewohnheitsrecht hat entweder den modus decidendi zum Gegenstande, so daß in gewissen, gleichartigen Rechtssachen immer auf dieselbe Weise entschieden wird, und dann entsteht der Begriff des vsus fori (des Gerichtsbrauchs), welcher von den Römern res iudicatae, im Canonischen Rechte aber praeiudicia genannt wird, oder den modus procedendi, das Aeußere der Gerichtspflege, wobey es auf Zeit, Förmlichkeiten und Sprache ankommt, und solches Gewohnheistrecht wird mit dem Namen stylus curiae bezeichnet.

§. 20.

β. Obseruantia.

Zwar zum ungeschriebenen, aber keineswegs zum Gewohnheitsrechte gehört die

Obseruantia: ius non scriptum, quod in aliqua vniuersitate per vnicum actum inualuit, in quem omnia vniuersitatis membra tacite consenserunt. Die Observanz kann deshalb nicht zu dem

Gewohnheitsrechte gezählt werden, weil sie keinem Erfordernisse desselben entspricht, ist aber eine Art des ungeschriebenen, weil sie durch die stillschweigende Einwilligung der sämmtlichen Mitglieder einer Gemeinheit (moralischen Person) begründet wird. Von dem ius consuetudinarium speciale unterscheidet sie sich dadurch, daß das letztere für alle Bewohner des fraglichen Bezirkes, die Observanz aber nur für Diejenigen gilt, welche Mitglieder der in Rede stehenden Gemeinheit sind.

§. 21.

5) Ius commune et particulare.

Diese Eintheilung bezieht sich lediglich auf Deutschland.
Ius commune: quod per Germaniam in subsidium valet.
Ius particulare: quod in singulis Germaniae territoriis obtinet.

Das ius commune (gemeine Recht), von welchem in dieser Darstellung allein die Rede seyn kann, und welches in Deutschland so lange Anwendung findet, als ihm nicht particuläre Rechtsnormen derogiren, wird hinsichtlich seiner Quellen in domesticum und peregrinum eingetheilt, jenachdem es in oder außerhalb Deutschland entstanden ist. Das letztere hat seine Gültigkeit in Deutschland durch Reception erhalten.

Eine andere Eintheilung des Rechts, welche sich ebenfalls nur auf Deutschland bezieht, ist in ius internum und externum. Bey dieser wird aber nicht nach der Entstehung gefragt, sondern, ob ein gewisses Recht in oder außer Deutschland gelte, weshalb denn das ius peregrinum nicht immer externum, das ius internum nicht immer domesticum ist.

V. Von den Obiectis iuris.

§. 22.

1. Persona.

Höchst wichtig sind zum Verständnisse des Römischen Rechtssystems die drey obiecta iuris, nämlich die Hauptmomente, an welche sich die sämmtlichen Privatrechte der Römer anknüpfen und auf welche das ganze, schöne System des Römischen Rechts gebaut ist. Es heißt nämlich in den Institutionen: §. 12. *de*

Iure nat. gent. et ciu. und in den Pandekten: L. 1. *de Statu hom.* „Omne ius, quo vtimur, vel ad *personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones*.“ Der Sinn dieser Stelle ist folgender: Es giebt drey Hauptgegenstände des Privatrechts, nämlich die Personen, welchen die Rechte zustehen, die Sachen, an welchen dieselben ausgeübt, und die Rechtsmittel, wodurch sie verfolgt werden. Daher beantwortet das Privatrecht zunächst die Frage: wer im Staate Rechte haben und ausüben könne, also wer rechtsfähig oder eine Person sey? *Persona:* homo, qui statu gaudet. *Status* (Rechtsfähigkeit): conditio, qua quis in ciuitate iura habere potest. Der Status ist aber von doppelter Art, entweder *naturalis*: qui quidem naturae beneficio debetur, sed iure positiuo comprobatus est, oder *ciuilis*: qui solis legibus positiuis nititur. Unter dem Status naturalis hat man sich in unserer Wissenschaft nicht den sogenannten Naturzustand zu denken, welcher außerhalb der Staatsvereinigung Statt findet, sondern den Inbegriff derjenigen Verhältnisse, welche auf der Natur beruhen und zwar allerdings auch außerhalb des Staates vorkommen, aber im Staate, nach Vorschrift der positiven Gesetze desselben, besondere, rechtliche Wirkungen äußern. Hierher gehören: Geburt und Tod, der Unterschied der Geschlechter, das Lebensalter, die Verwandtschaft und Schwägerschaft, so wie auch der körperliche und geistige Zustand der Staatsbürger. Der status ciuilis hingegen umfaßt solche Rechtsverhältnisse, welche nur in der Staatsvereinigung denkbar sind, und wird nach Vorlage des reinen, Römischen Rechts in statum libertatis, ciuitatis und familiae getheilt, von welchen jedoch in den Pandekten bloß die beyden letzten Gattungen abgehandelt werden können.

Auf sehr vernünftige Weise hat man nun der Lehre von der natürlichen und bürgerlichen Rechtsfähigkeit den ersten Platz im Systeme des Römischen Privatrechts angewiesen, weil Rechte nur von Demjenigen erworben und ausgeübt werden können, welcher rechtsfähig ist. Darum sagt auch ferner die angeführte Stelle der Institutionen: „Prius de *personis* videamus, nam parum est, ius nosse, si personae, *quarum caussa constitutum est*, ignorentur.

So bildet sich aus dem ersten Rechtsobjecte der erste Theil des privatrechtlichen Systems: das ius personarum (Personenrecht), welches niemals eine subjective, sondern stets nur eine objective Bedeutung hat, mithin nicht als ius, quod personis com-

petit (Recht der Personen), zu erklären ist, weil dieses alle denkbare Rechte umfassen würde, sondern als doctrina, quae de statu hominum exponit.

§. 23.

2. Res.

a. Ius in re.

Nach Entwickelung der Rechtsfähigkeit schreitet das System zu demjenigen Rechtsobjecte, an welchem die Personen Rechte erwerben und ausüben können. Dieses Rechtsobject ist die *res* (Sache): quidquid in bonis esse potest, also im juristischen Sinne jeder Gegenstand, welcher einen Theil unseres Vermögens ausmachen kann.

Das Recht aber, welches ich hinsichtlich einer Sache habe, steht mir entweder gegen die Sache selbst zu (ius in re s. in rem s. reale, dingliches Recht), oder gegen eine bestimmte Person, von welcher ich in Ansehung einer Sache eine gewisse Leistung verlangen kann (ius ad rem s. in personam s. personale, persönliches Recht).

Diese Unterscheidung ist so wichtig und eingreifend, daß man jedem der beyden Rechte, welche in Bezug auf die Sachen ausgeübt werden können, einen besondern Hauptheil des Systems angewiesen hat.

Was nämlich zuvörderst das ius in re anlangt, so wird dieß unmittelbar an der Sache selbst ausgeübt, d. h. das Recht, welches Jemandem hinsichtlich einer Sache zusteht, ist schon so vollständig vorhanden, daß es zu seiner Ausübung keiner Handlung oder Leistung von Seiten einer andern, bestimmten Person bedarf, sondern daß es ohne Frage, wer sich im Besitze der Sache befinde, ausgeübt werden kann. Wenn mir z. B. das Eigenthum an einer Sache zusteht, aber der Besitz derselben mir auf unrechtmäßige Weise entzogen worden ist, so kann ich die Sache, wo und bey wem ich sie finde, vindiciren, d. h. mein Eigenthum gegen jeden dritten Besitzer geltend machen und die Herausgabe der Sache verlangen. Hier kommt es gar nicht auf die Person des Besitzers und eben so wenig auf die Art und Weise an, auf welche er zum Besitze der Sache gelangt ist. Nach dieser Vorbereitung ist nun folgender Begriff des *ius in re* festzustellen: ius, quod immediate

in ipsam rem competit ideoque contra quemcumque tertium rei possessorem exerceri potest. Dieses dingliche Recht macht denjenigen Theil des Systems aus, welcher das *ius rerum* genannt wird: doctrina, quae iura realia explicat.

§. 24.

b. Ius ad rem.

Wenn aber das Recht, welches uns hinsichtlich einer Sache zusteht, nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar, also gegen eine bestimmte Person ausgeübt werden kann, die uns in Ansehung der Sache zu einer gewissen Leistung verpflichtet ist, so wird ein besonderes Verhältniß vorausgesetzt, welches diese Verpflichtung herbeyführt. Ein solches Verhältniß heißt *Obligatio*: vinculum iuris, quod duas pluresue personas *determinatas* ita intercedit, vt altera alteri aliquid praestare teneatur. Die deutsche Sprache hat kein erschöpfendes, einzelnes Wort für obligatio, denn Forderung würde nur das Recht der einen, und Verbindlichkeit nur die Pflicht der andern Person bezeichnen. Daher müssen wir zu dem Ausdrucke: persönliches Rechtsverhältniß unsere Zuflucht nehmen.

Das Wesentliche der obligatio liegt in dem Worte *determinatas*. Es muß eine bestimmte Person seyn, gegen welche wir das fragliche Recht ausüben, dergestalt, daß wir nur diese, keinesweges aber den dritten Besitzer in Anspruch nehmen können. Wenn ich z. B. gegen den unrechtmäßigen Besitzer meiner Sache den Beweis geführt habe, daß die Sache mein sey, so ist derselbe allerdings verbunden, mir die Sache herauszugeben, steht aber keinesweges mit mir in obligatione, denn ich würde, weil ich Eigenthümer der Sache bin, denselben Anspruch gegen Jeden erheben, der sich im Besitze meiner Sache befände. Wenn mir aber Jemand mein Haus abgemiethet und selbiges wieder an einen Dritten vermiethet hat, so kann ich hinsichtlich des mir zu entrichtenden Miethzinses nicht diesen Dritten, sondern nur Denjenigen in Anspruch nehmen, welcher den Miethcontrakt mit mir eingegangen hat und folglich in ein persönliches Rechtsverhältniß zu mir getreten ist. Hieraus ergiebt sich nun von selbst der Begriff des *ius ad rem:* quod rem solummodo mediate persequitur et, ex obligatione oriundum, tantum aduersus determinatam personam exerceri potest. Derjenige Theil des Systems

aber, welcher sich über das ius ad rem verbreitet, heißt *ius obligationum*: doctrina, quae iura personalia tractat.

§. 25.

3. Actio.

Dem, welcher Rechte hat, muß auch ein Mittel zu Gebote stehen, dieselben geltend zu machen, wenn er an ihrer Ausübung verhindert wird. Dieses Mittel ist das dritte Rechtsobject und heißt Actio, welches Wort in einem weitern und einem engern Sinne vorkommt. Im weitern Sinne ist *actio*: remedium, quo vtimur ad ius nostrum in iudicio persequendum (Rechtsmittel), also jede Anrufung der richterlichen Gewalt zum Schutze unserer Rechte. Hierher gehören nicht nur die eigentlichen Klagen, sondern auch die Exceptionen (Ausflüchte, Einreden), die Interdicte und Implorationen. Im engern Sinne versteht man aber unter dem Worte *actio*: remedium, quod comparatum est ad tuendum vel statum nostrum, vel ius reale aut personale nobis competens (Klage). Aus dieser Definition geht hervor, daß die sämmtlichen Klagen, welche im Privatrechte vorkommen können, dreyfach sind:

1) *actiones praeiudiciales*: quibus statum nostrum defendimus. Sehr häufig wird die Frage aufgeworfen, ob sich Jemand überhaupt in der Lage befinde, dingliche oder persönliche Rechte auszuüben und folglich die aus diesen Rechten entspringenden Klagen anzustellen, mit einem Worte: ob er rechtsfähig sey? Derjenige nun, dessen Rechtsfähigkeit (status) in Zweifel gezogen wird, hat vor Allem ein Rechtsmittel zu ergreifen, durch welches er dieselbe verfolgt, also seinen status vertheidigt, wie z. B. ein Sohn die actio filialis anstellt, wenn ihm sein Vater die Alimente verweigert. Hier verlangt der Sohn durch die erwähnte Klage, daß ihn sein Vater anerkenne, und ist dieses geschehen, so ergiebt sich hieraus die Alimentations-Verbindlichkeit des Vaters von selbst. Dergleichen Rechtsmittel nennt man actiones praeiudiciales, weil die dinglichen oder persönlichen Rechte, welche dem Kläger zustehen, erst dann ausgeübt und durch Klagen verfolgt werden können, wenn die Frage über die Rechtsfähigkeit vorher entschieden ist. Die actiones praeiudiciales sind daher die einzigen, die ihrer Natur nach in das ius personarum gehören, und wenn auch in letzterem andere Arten von Klagen erwähnt werden, so geschieht dieß doch nur bey Gelegenheit, nicht aber nach der Tendenz des Personenrechts;

2) *actiones reales s. in rem* (nicht in re) *s. vindicationes* (dingliche Klagen): quae, quoniam iure reali nituntur, aduersus quemcumque tertium rei possessorem institui possunt, und

3) *actiones personales s. in personam* (nicht ad rem) persönliche Klagen: quae ex iure ad rem proficiscuntur ideoque solummodo aduersus personam determinatam institui possunt.

Die Natur der beyden letzten Arten von Klagen richtet sich ganz nach den Rechten, aus welchen dieselben entspringen, weshalb denn die dinglichen Klagen nur im ius rerum, die persönlichen nur im ius obligationum ihren Platz finden können. Darum aber dürfte es auch nicht zweckmäßig seyn, eine besondere Lehre unter dem Namen: ius actionum aufzustellen, zumal da die einzelnen Klagen weit passender und übersichtlicher zugleich mit den Rechten selbst, auf welchen sie beruhen, abgehandelt und hierdurch unnütze Wiederholungen vermieden werden. Hiernach zerfällt das System des Römischen Privatrechts in drey Haupttheile: ius personarum, rerum und obligationum.

§. 26.

Actiones mixtae et personales in rem scriptae.

Da nun im ganzen Bereiche des Privatrechts keine Klage vorkommen kann, welche nicht zu einer der drey erklärten Arten gerechnet werden müßte, so würde es fehlerhaft seyn, den sogenannten actionibus mixtis und personalibus in rem scriptis besondere Plätze anzuweisen und sie als selbstständige Gattungen zu statuiren. Denn wenn man die Natur dieser Klagen nach ihrer Quelle, also nach dem Rechte beurtheilt, aus welchem sie entspringen, so gehören die actiones mixtae zu den dinglichen, die personales in rem scriptae zu den persönlichen Klagen.

Actiones mixtae: quae quidem ex iure reali descendunt, sed propter praestationes personales, quas persequuntur simul, tantummodo aduersus determinatam personam institui possunt. Die gemischten Klagen sind eigentlich dingliche Klagen, aber weil sie auch auf Leistungen gerichtet sind, die nur von einer bestimmten Person verlangt werden können, so nehmen sie zugleich die Natur persönlicher Klagen an. Wenn z. B. eine Sache, an welcher zwey Personen zugleich das Eigenthum haben, sich bisher in dem ausschließlichen Besitze und in der alleinigen Verwaltung des einen der beyden Miteigenthümer befunden hatte, der an-

dere aber jetzt auf Theilung dieser Sache klagt, was jedem Miteigenthümer zu jeder Zeit frey steht, so wird diese Klage (actio communi diuidundo) gegen den besitzenden Miteigenthümer nicht bloß darauf gerichtet, daß dieser den Antheil, welcher dem Kläger zusteht, herausgeben solle, denn in so weit würde die Klage nur eine dingliche seyn, sondern auch darauf, daß derselbe Rechnung über die bisherige Verwaltung ablege und den der Sache zugefügten Schaden ersetze. Wegen dieser beyden letztern Leistungen wird die Klage zugleich eine persönliche.

Actiones personales in rem scriptae: quae quidem ex iure personali oriuntur, sed propter rationes quasdam extrinsecus accedentes etiam aduersus tertium rei possessorem institui possunt. Diese sind eigentlich persönliche Klagen, nehmen aber wegen gewisser, von außen hinzutretender Umstände, welche einen Dritten betreffen, die Natur der dinglichen an. Hierher gehört z. B. die sogenannte actio Pauliana. Wenn nämlich mein Schuldner eine Sache, die er ex obligatione mir zu übergeben verpflichtet ist, betrügerischer Weise an einen Dritten, welcher an diesem Betruge Theil nahm, verkauft hat, so kann ich die Herausgabe der fraglichen Sache, die ich, ohne jenen Betrug, nur von meinem Schuldner hätte fordern können, nunmehr von demjenigen dritten Besitzer verlangen, der mit dem Schuldner einverstanden war.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Von den Quellen des Pandektenrechts.

§. 27.

Einleitung.

Es ist schon oben (§. 1. und 21.) gesagt worden, daß derjenige Theil der juristischen Wissenschaft, den wir Pandekten nennen, sich nur mit dem gemeinen Rechte (ius commune) beschäftigt, welches auch ius subsidiarium genannt wird, weil es in den meisten deutschen Staaten dann zur Anwendung kommt, wenn die fraglichen Fälle nicht durch particularrechtliche Sanctionen entschieden sind. Die Quellen des gemeinen Rechts sind aber theils fremde, theils einheimische und überhaupt viere: das Römische, das Canonische, das Lehnrecht und das einheimische Reichsrecht. Das Lehnrecht hat ein ganz für sich bestehendes und eigenthümliches Verhältniß zum Gegenstande, welches mit dem eigentlichen Privatrechte in keiner Verbindung steht, und es bleiben daher für die Pandekten nur das Römische, Canonische und das einheimische Reichsrecht übrig, die beyden letztern aber bloß insofern, als sie Abänderungen des Römischen Privatrechts enthalten. Weil nun diese Abänderungen im Verhältniß zum Ganzen sehr gering sind, so ist das Römische Recht als die Grund- und Hauptquelle zu betrachten und es muß ihm daher sowohl in historischer, als dogmatischer Hinsicht der bey weitem größere Theil des Pandektenrechts eingeräumt werden.

Erstes Kapitel.

Von den Quellen des Römischen Rechts.

Erste Abtheilung.

Von den Quellen des Römischen Rechts vor Justinian.

§. 28.

Aelteste Zeit.

Es ist bekannt, wie unzuverlässig die Römische Geschichte für das Zeitalter der Könige ist, da es durchgehends an glaubwürdigen Quellen fehlt, ja man erklärt die Geschichte der beyden ersten Könige geradezu für mythisch, wie besonders Niebuhr gethan hat. Demungeachtet ist so viel erwiesen, daß die urältesten Einrichtungen Roms, welche bloß auf Volkssitten und Gewohnheiten beruhten, bald darauf durch geschriebene Gesetze (leges regias) sanctionirt worden sind, die aber wohl mehr von den Volksversammlungen, als von einzelnen, absoluten Machthabern ausgegangen sein mögen. Diese leges regiae wurden der spätern Gesetzgebung und namentlich auch den zwölf Tafeln theilweise zu Grunde gelegt. Eine Sammlung der königlichen Gesetze, welche aber sehr problematisch bleibt, soll zu Anfange des Freystaates von einem Pontifex maximus, Papirius, ausgegangen seyn, daher ius Papirianum, von welchem wir bloß durch zerstreute Nachrichten Kunde erhalten haben.

§. 29.

Zwölf Tafeln.

Weit wichtiger und folgereicher für Roms Gesetzgebung waren die zwölf Tafeln, welche von zehn erwählten Patriciern (Decemuiri legibus scribendis), mit Hülfe eines Griechen, des Hermodorus aus Ephesus, zu Stande gebracht und gleich darauf von den comitiis centuriatis bestätigt wurden. Zuerst und zwar im J. 303. bestand diese Gesetzgebung nur aus zehn Tafeln, aber im J. 304. erschienen noch zwey als Supplemente, welche ebenfalls die Bestätigung des Volkes erhielten. Auf diese Zwölftafel-Gesetze (Leges XII tabularum) sind alle spätere Rechte des Rö-

mischen Staates gebaut und darum werden die zwölf Tafeln in den Quellen und bey den Classikern ius ciuile und fons omnis iuris ciuilis genannt. (§. 11.) Die Sanctionen derselben sind meistens griechischen Gesetzen entnommen und haben sich, obwohl die Original-Urkunde schon im J. 362. beym Gallischen Brande zerstört wurde, doch durch Erneuerung bis ins 3te Jahrh. nach Chr. erhalten. Auf uns sind nur Bruchstücke gekommen, welche meistens Privatrecht liefern und welche wir vornehmlich den Mittheilungen der Classiker und Grammatiker verdanken.

§. 30.

Spätere Quellen.

Die spätere Gesetzgebung der Römer hat sich sowohl durch geschriebenes, als durch Gewohnheitsrecht vervollkommnet. Das geschriebene bildeten 1) leges und plebiscita (Volksschlüsse), 2) senatusconsulta und 3) principum placita. Das Gewohnheitsrecht aber wurde 1) durch die edicta magistratuum und 2) durch die responsa prudentum festgestellt und zur Anwendung gebracht. (§. 17.)

I. Geschriebenes Recht.

§. 31.

I. Leges et plebiscita (Volksschlüsse).

Die leges s. populiscita, welche in den comitiis centuriatis abgefaßt wurden, machten von jeher das ganze Volk verbindlich, nämlich sowohl die Patricier, als Plebejer, die plebiscita hingegen, welche in den comitiis tributis entstanden, hatten anfänglich nur für die Plebejer Gesetzeskraft, bis endlich durch die Lex Horatia et Valeria vom J. 305. bestimmt wurde: vt, quod plebs tributim iussisset, populum teneret, daß also auch die plebiscita als allgemeine Rechtsnormen gelten sollten. Dieses Gesetz wurde späterhin noch durch die Lex Publilia vom J. 416. und durch die Lex Hortensia vom J. 465. erneuert und bestätigt.

Beyde Gattungen von Volksschlüssen waren in der frühern Zeit des Römischen Staates weit mehr auf das öffentliche, als auf das Privatrecht gerichtet, allein später und besonders seit Cicero enthalten sie meistens Privatrecht. Gegen die Mitte des 3ten Jahrhunderts nach Chr. verschwinden aber die Volksschlüsse

aus der Reihe der Rechtsquellen gänzlich, weil die Stellung des Kaisers sich immer mehr der absoluten Gewalt nähert.

§. 32.

2) Senatusconsulta.

Diese waren zur Zeit des Freystaates Beschlüsse, welche der Senat zum Besten des ganzen Staates, unabhängig vom Volke, erließ, und welche nur auf die öffentliche Verwaltung gerichtet waren. Unter den Kaisern aber nahmen sie einen ganz andern Charakter an, weil nun die Kaiser durch sie ihren Willen aussprachen, weshalb die senatusconsulta in dieser Periode auch iura ad orationes principum condita oder auch nur orationes principum heißen. Unter den ersten Kaisern wurde ihre Anzahl weit beträchtlicher, als im Freystaate, da die Volksschlüsse wegfielen, und ihr Inhalt nunmehr größtentheils auf das Privatrecht gerichtet. Aber mit der zunehmenden kaiserlichen Gewalt verschwanden auch die senatusconsulta mehr und mehr und erreichten ihr gänzliches Ende unter Septimius Seuerus.

§. 33.

3) Principum placita.

Die kaiserlichen Constitutionen haben ihren Ursprung aus der sogenannten Lex regia. Diese war nämlich ein Staatsgesetz, wodurch das Volk bey dem jedesmaligen Regierungs-Antritte eines neuen Kaisers diesem seine eigene Gewalt übertrug, was auch Gaius mit den Worten bestätigt: „quum ipse imperator *per legem* imperium accipiat.“ Diese Uebertragung geschah später nicht mehr in den comitiis, sondern durch senatusconsulta, im Namen des Volkes, und der Kaiser erwarb dadurch die höchste, mithin die gesetzgebende Gewalt, wodurch denn seine Constitutionen für das ganze Römische Reich verbindliche Kraft erhielten. Die Constitutionen der frühern Kaiser waren mehr speciellen Inhaltes, also rescripta und decreta, durch welche die Kaiser nicht sowohl neue Gesetze gaben, als vielmehr die vorkommenden Rechtsfälle nach den bestehenden Gesetzen entschieden. Später erst und namentlich seit Constantin d. Gr. beginnen die edicta, welche als allgemeine und selbstständige Rechtsquellen betrachtet werden müssen, weil sie vom Kaiser aus eigner Bewegung erlassen worden

sind und sowohl das öffentliche, als das Privatrecht in vielen Stücken umgestaltet haben.

II. Gewohnheitsrecht.

§. 34.

1) Edicta magistratuum.

Die Magistrate der Römer sahen sich genöthigt, zum Zwecke ihrer Amtsführung von Zeit zu Zeit Bekanntmachungen an das Volk zu erlassen, durch welche sie dasselbe von der Art ihrer Verwaltung in Kenntniß setzten. Dieß hieß edicere, so wie die Erlasse selbst edicta genannt wurden. Das ius edicendi stand, wie die neuesten Juristen bewiesen haben, nicht nur den höhern, sondern auch den niedern Magistraten zu, namentlich unter diesen den tribunis plebis und den aedilibus curulibus (welche letztere zwar magistratus curules, aber dennoch minores waren). Uns interessiren vorzugsweise die Edicte der Prätoren, nämlich derjenigen Magistrate, die zur Handhabung der bürgerlichen Rechtspflege niedergesetzt waren. Sie hatten nicht nur das Recht, streitige Rechtsfälle zu entscheiden, sondern auch das Befugniß, die gesprochenen Urtheile zu vollstrecken, weshalb ihnen ein imperium mixtum zugeschrieben wurde.

Ursprünglich waren die Edicte der Prätoren wohl nichts anderes, als Nachweisungen, welche die Prätoren den Partheyen in Hinsicht auf Art und Zeit des gerichtlichen Verfahrens gaben, ohne daß durch diese Edicte an dem bestehenden Rechte etwas abgeändert worden wäre. Später aber bekamen die Edicte einen merklichen Einfluß auf das positive Recht, indem die Prätoren bey Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit recht wohl einsahen, daß das alte, strenge Recht nicht mehr in seinem ganzen Umfange auf ihre Zeiten und Sitten passe, mithin diesem Uebelstande durch eigne Sanctionen abzuhelfen suchten. Deshalb heißt es L. 7. §. 1. D. *de Iust. et iur.* „per ius praetorium ius ciuile adiuuatur, suppletur et corrigitur." Diese Ansicht, von welcher hier die Prätoren ausgiengen, ist die *Aequitas*: ratio, qua praetor ius strictum antiquum temporibus atque moribus recentioribus adcommodare studuit. Da nun das Römische Volk die Wohlthat solcher Aenderungen wohl erkannte und auf den Prätor sein Vertrauen setzte, so leistete es den Edicten desselben willig Gehorsam, und obwohl

die Prätoren keine Gesetzgeber waren, so bildete sich doch auf die beschriebene Weise aus ihren Edicten ein Gewohnheitsrecht und um so mehr, da eine Lex Cornelia v. J. 687. jenes Befugniß der Prätoren ausdrücklich anerkannte, indem sie befahl: vt praetores e suis edictis perpetuo ius dicerent. Das Ansehn des Prätorischen Edictes hatte sich auf diese Art dergestalt befestigt, daß es als die wichtigste Quelle des praktischen Rechtes angesehen wurde. Je mannigfaltiger aber das Prätorische Edict seinem Inhalte nach erschien, desto dringender stellte sich das Bedürfniß einer gewissen Ordnung und eines abgeschlossenen Ganzen heraus, welches zuerst Ofilius, durch seine Privat-Arbeit, nach ihm aber der Prätor Saluius Iulianus auf Befehl des Kaisers Hadrian bewerkstelligte. Das Werk des Letztern wurde Edictum perpetuum genannt und im J. 131. nach Chr. durch ein senatusconsultum promulgirt. Da nun die sämmtlichen Magistrate zu genauer Befolgung des Edictum perpetuum angewiesen waren, so kann man mit Recht annehmen, daß das ius honorarium seit Hadrian in geschriebenes Recht übergegangen sey, zumal da seit jener allgemeinen Norm die Prätoren keine Aenderungen des bestehenden Rechtes mehr vorgenommen haben.

§. 35.

2) Responsa prudentum.

Die ältesten Juristen der Römer waren nur Patricier, weil die Rechtspflege der ältesten Zeit auf das Genaueste mit dem Gottesdienste verknüpft war und nur Patricier zu der Priesterwürde gelangen konnten. Von den Priestern und Patriciern hieng es nämlich ab, die Tage festzusetzen, an welchen Gericht gehalten werden durfte (dies fasti et nefasti), so wie auch die Form vorzuschreiben, unter welcher das gerichtliche Verfahren Statt finden sollte. Vielleicht absichtlich hüllten nun die Patricier ihre Rechtswissenschaft in ein gewisses Dunkel ein, um die Plebejer in allen gerichtlichen Angelegenheiten von sich abhängig zu machen, sie erfanden gewisse Formeln, legis actiones, deren Kenntniß sie sich allein vorbehielten, bis Cn. Flauius, ein Schreiber des Rechtsgelehrten und pontifex maximus: Appius Claudius, im J. 449. diese Formeln öffentlich bekannt machte, seit welcher Zeit denn auch die Plebejer des Rechtsstudiums theilhaftig wurden. Die Sammlung jener Formeln wurde ius Flauia-

num genannt, so wie eine spätere, gleichartige Sammlung von Sextus Aelius Catus im J. 552. herausgegeben wurde und den Namen ius Aelianum erhielt. — Das Rechtsstudium verbreitete sich nun über beyde Stände und gewann bald ein großes Ansehn, weil ausgezeichnete Männer auftraten, deren rechtliche Gutachten (responsa prudentum) von allen Seiten eingeholt wurden und welche ihre Kenntnisse in besondern Schriften niederlegten. Es konnte nicht fehlen, daß diese Schriften auch von den Richtern benutzt wurden und auf diese Weise, obwohl sie selbst keine Gesetze waren, dennoch in practischer Hinsicht die Wirkung derselben hatten. Dieses Verhältniß nennt man auctoritas prudentum und so läßt sich's erklären, daß die responsa prudentum sehr bald in ein Gewohnheitsrecht übergiengen. — Der Kaiser August, unter welchem sich die Juristen in die bekannten zwey Schulen der Proculianer und Sabinianer theilten, gab nur bestimmten Personen das Recht zum Respondiren, und die Schriften dieser berechtigten Juristen erhielten nun wirkliche Gesetzeskraft (legis vicem), wurden also in geschriebenes Recht umgewandelt, wozu der Kaiser Hadrian das Meiste beytrug, welcher die Anwendung jener Schriften in den Gerichten befahl, dahingegen denen der übrigen Juristen bloß eine auctoritas zugeschrieben werden konnte. — Aber bey der übergroßen Mannigfaltigkeit der juristischen Schriften, welche in foro zur Anwendung kamen, bey der eben so großen Meynungs-Verschiedenheit ihrer Verfasser geriethen die Richter in Verwirrung und wußten bald nicht mehr, an wessen Ausspruch sie sich halten sollten. Deshalb gab der Kaiser Valentinian III. im J. 426. das berühmte Citirgesetz, welches den Schriften von fünf classischen Juristen: Gaius, Papinianus, Paulus, Vlpianus und Modestinus Gesetzeskraft beylegte. Dieses Gesetz hat bis zu Justinian gegolten, wurde aber durch dessen Pandekten-Compilation überflüssig.

§. 36.

Sammlungen des R. R. vor Justinian.

a. Im Oriente.

1) Codex Gregorianus und Hermogenianus.

Schon vor Justinian veranstaltete man, zu leichterer Auffindung der geltenden Gesetze, Sammlungen der zerstreuten Ma-

terialien des R. R. und richtete dieselben theils auf die Constitutionen der Kaiser, theils auf die Schriften der Rechtsgelehrten. Für die kaiserlichen Constitutionen erschienen zuerst zwey solche Sammlungen: der Codex Gregorianus und Hermogenianus. Beyde Sammlungen rühren vermuthlich aus der Regierungszeit Constantins des Großen her, waren aber nur Privatarbeiten, deren Verfasser unbekannt sind. Der Codex Gregorianus enthielt die Constitutionen der Kaiser bis zum J. 296, der Codex Hermogenianus aber, welcher als eine Fortsetzung des erstern zu betrachten ist, lieferte Nachträge zu demselben, welche bis zum J. 365. giengen und besonders aus den Rescripten der Kaiser Diocletianus und Maximianus bestanden. Auf uns sind nur wenige Bruchstücke von diesen beyden Sammlungen gekommen.

§. 37.

2) Codex Theodosianus.

Im J. 438. promulgirte der Kaiser Theodosius II. (der Jüngere) eine dritte Sammlung kaiserlicher Constitutionen, welche unter dem Namen des Codex Theodosianus bekannt ist. Diese Sammlung schloß sich unmittelbar an die beyden oben erwähnten Codices an, indem sie die Constitutionen von Constantin d. Gr. bis auf Theodos II. enthielt, nämlich vom J. 312. bis zum J. 438. Der Inhalt besteht meistens aus kaiserlichen Edicten und also zum größten Theile aus öffentlichem Rechte. Der occidentalische Mitregent Valentinian III. promulgirte die Sammlung auch für das Abendland. Der Codex Theodosianus besteht aus 16 Büchern, welche wieder in Titel und einzelne Constitutionen zerfallen, aber auch nicht vollständig auf uns gekommen sind, indem gerade die fünf ersten Bücher fehlen, welche das Privatrecht enthalten. Doch sind die mangelnden Stücke theils aus dem Breuiarium Alaricianum, theils aus andern Rechtsquellen ergänzt worden. — Nach der Promulgation des Codex Theodosianus wurden theils von Theodosius II. selbst, theils von den spätern Kaisern noch viele Constitutionen erlassen, welche man *Nouellas* sc. constitutiones nannte und in Theodosianas und Posttheodosianas theilte. Diese Novellen gehören in die Zeit vom J. 438—468. und wurden ebenfalls in eine besondere Sammlung gebracht, welche in 6 Bücher zerfällt.

§. 38.

3) Die Vaticanischen Fragmente.

Diese Sammlung, welche erst im J. 1823. entdeckt wurde und vermuthlich dem Ende des 4ten oder dem Anfange des 5ten Jahrh. nach Chr. angehört, enthält sowohl kaiserliche Constitutionen, deren neueste vom J. 375. herrührt, als Auszüge aus juristischen Schriften, besonders des Papinian, Ulpian und Paulus. Der Inhalt dieser Fragmente verbreitet sich theils über das Privatrecht selbst, Kauf, Schenkung u. s. w., theils auch über das gerichtliche Verfahren. Der Verfasser ist gänzlich unbekannt.

§. 39.

4) Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.

Nach dem Codex Theodosianus, die Zeit läßt sich nicht genauer angeben, ist unter obigem Titel von einem unbekannten Verfasser eine Vergleichung des alten Testamentes mit dem Römischen Rechte erschienen, welches letztere aus kaiserlichen Constitutionen und aus Excerpten juristischer Schriften besteht. Die kaiserlichen Gesetze sind aus dem Codex Greg. Herm. und Theod. entlehnt. Diese Sammlung, welche auch Lex Dei genannt wird, hat größtentheils öffentliches Recht und besonders Criminalrecht zum Gegenstande, obwohl auch privatrechtliche Sanctionen, namentlich über die Intestat-Erbfolge, darin vorkommen.

§. 40.

5) Consultationes veteris cuiusdam iurisconsulti.

Diese sind auch erst nach dem Codex Theodosianus erschienen und sind eine Sammlung von Rechtsfragen, welche durch Stellen aus den Gesetzen selbst beantwortet werden. Letztere sind theils juristischen Schriften, theils den drey Codicibus entnommen. Der Verfasser dieser Sammlung ist ebenfalls gänzlich unbekannt.

b. Im Occidente.

§. 41.

1) Lex Romana Ostrogothorum.

Auch für den Occident wurden noch vor Justinian Sammlungen des R. R. veranstaltet und zwar für die Germanischen

Staaten, in welchen seit dem 5ten Jahrh. eine gemischte Gesetzgebung existirte. Die Germanischen Völker nämlich, welche Römische Provinzen erobert hatten, wollten den besiegten Römern die Germanischen Gesetze nicht aufdringen und so geschah es denn, daß die Römer nach andern Rechten beurtheilt wurden, als die Germanen, obwohl beyde Völker mit und unter einander lebten. Dieß gab nun die Veranlassung, daß auch für die abendländischen Römer besondere Rechtssammlungen veranstaltet wurden, welche man mit der allgemeinen Benennung: Leges Romanae bezeichnete. Die erste derselben war für die Römer des Ostgothischen Reiches bestimmt, also für Italien und wurde von Theoderich d. Gr. im J. 500. promulgirt. Sie wird daher auch Edictum Theoderici, regis Ostrogothorum genannt und ist eine ungeordnete und verstümmelte Zusammenstellung von kaiserlichen Constitutionen und Auszügen aus juristischen Schriften, besonders aus den Sententiis receptis des Paulus.

§. 42.

2) Lex Romana Visigothorum.

Alarich II., König der Westgothen, welche im südlichen Frankreich und in Spanien ihren Sitz hatten, promulgirte im J. 506. zu Aire in Frankreich eine Rechtssammlung für die seinem Reiche unterworfenen Römer. Die Hauptquelle war der Codex Theodosianus, weshalb die Kirchenschriftsteller, vorzüglich auch Gratian in seinem Decrete, diese westgothische Sammlung für den Codex Theodosianus gehalten haben. Die übrigen Quellen sind der Codex Gregorianus und Hermogenianus, so wie juristische Schriften, besonders des Gaius und Paulus. In der neuern Zeit erst gab man der Sammlung den Namen: Breuiarium Alaricianum oder auch Breuiarium *Aniani*, welcher Letztere, als Staatskanzler, nicht nur das Promulgations-Patent, sondern auch die officiellen Exemplare dieses Werkes unterschrieben hatte. Auch kommt zuweilen der Name Lex Theodosiana und Corpus Theodosianum für diese Sammlung vor.

§. 43.

3) Lex Romana Burgundionum.

Aus dem Breuiarium Alaricianum und einigen reinrömischen Rechtsquellen ist eine zwischen den Jahren 517. und 534. für die

Römischen Unterthanen des Burgundischen Reiches abgefaßte Sammlung geschöpft, welche auch Papiani responsum s. Liber responsorum Papiani genannt wird. Diese beyden letztern Benennungen beruhen auf einem Irrthum. Nämlich das Breuiarium Alaricianum schließt mit einem Fragmente Papinians, welcher in den Handschriften gewöhnlich Papianus genannt wird. In einer Handschrift, welche Cuiacius, der erste Herausgeber der Lex Romana Burgundionum, besaß, knüpfte sich diese, ohne einen besondern Titel, unmittelbar an's Breuiarium Alaricianum an. Cuiacius hielt jenes Fragment Papinians für den Anfang der Lex Romana Burgundionum und gab daher dieser Sammlung den erwähnten Titel.

Zweyte Abtheilung.

Von den Justinianeischen Rechtsquellen.

§. 44.

Justinian.

Flauius Iustinianus wurde im J. 482. nach Chr. zu Thaurisium, einem Flecken in der Provinz Illyrien, geboren und starb im J. 565. nach einer 38jährigen Regierung. Sein ursprünglicher Name war Uprauda. Als ihn aber sein mütterlicher Oheim, der Kaiser Justin I., welcher durch die Prätorianer zur Herrschaft gelangt war, adoptirte, nahm er den Namen Iustinianus an, wurde im J. 527. zum Mitregenten ernannt und bestieg nach seines Oheims Tode, der im August desselben Jahres erfolgte, den kaiserlichen Thron. Er war ein eifriger und gelehrter Theolog und wollte das Beste des Staates und der Kirche, obwohl er sich als Mensch zuweilen sehr schwach zeigte, besonders gegen seine Gemahlin Theodora, eine berüchtigte Frauensperson, und gegen seinen schlauen Günstling Tribonianus. Durch seine ausgezeichneten Feldherren, Belisar und Narses, führte er glückliche Kriege gegen die Vandalen und Gothen und unterwarf seinem Reiche den fast ganz verloren gegangenen Occident auf's Neue. Unsterblich aber hat er sich als Gesetzgeber gemacht und als solcher ein doppeltes Verdienst erworben, indem er nicht nur selbst die nützlichsten und zweckmäßigsten Verordnungen erließ, die wenigstens seinem Zeitalter und den Verhältnissen seines Reiches vollkommen

angemessen waren, sondern auch durch die auf seinen Befehl veranstalteten Compilationen den mannigfaltigen und weitschichtigen Rechtsquellen eine bestimmte Richtung gab und auf diese Weise der Anwendung des Rechts eine größere Sicherheit verschaffte.

§. 45.

Corpus iuris ciuilis:

1) Codex vetus.

Als Justinian seine Regierung antrat, waren es besonders zwey Hauptquellen des R. R., welche seine Aufmerksamkeit in Anspruch nahmen: die kaiserlichen Constitutionen und die Schriften der Rechtsgelehrten. Mit beyden Quellen wollte er eine den Bedürfnissen seiner Zeit angemessene Umgestaltung vornehmen, das völlig Veraltete und Unbrauchbare beseitigen und die möglichste Vollständigkeit des Rechtsmaterials erreichen. Zuerst richtete er seine Absicht auf die kaiserlichen Constitutionen und erließ am 13. Febr. 528. zu diesem Zwecke eine Verordnung an 10 Gelehrte, an deren Spitze Ioannes, exquaestor sacri palatii, stand und unter welchen sich auch schon Tribonianus und Theophilus befanden. Diese Verordnung ist die Constitutio de nouo Codice faciendo, kraft welcher die beauftragten Redactoren die wichtigsten, kaiserlichen Constitutionen von Hadrian bis zu Justinian selbst zusammentragen sollten. Schon im folgenden Jahre kam die Arbeit zu Stande und wurde am 7. April 529. promulgirt und zwar wiederum durch eine besondere Verordnung, nämlich durch die Coustitutio de Iustinianeo Codice confirmando. Beyde Constitutionen stehen als Präliminar-Constitutionen vor dem Codex repetitae praelectionis. — Die Sammlung selbst, welche man später den Codex vetus nannte, und in welche schon viele wichtige Con itutionen des Kaisers Justinian aufgenommen waren, zerfiel, vermuthlich nach dem Beyspiele der zwölf Tafeln, in 12 Bücher und diese waren in Titel getheilt, deren jeder seine eigene Rubrik hatte, die Titel aber wieder in einzelne leges s. constitutiones. Man sagt zwar mit Recht, der Codex vetus sey verloren gegangen, dieß ist jedoch zum größten Theile nur von seiner damaligen, äußern Gestalt zu verstehen, denn hinsichtlich des Inhaltes ist das Werk, einige wenige Constitutionen ausgenommen, vollständig in den Codex repetitae praelectionis übergegangen, weshalb man es nicht für nöthig fand, die alte Ausgabe aufzubewahren.

§. 46.

2) Pandekten:

a. Abfassung und Promulgation.

Nach der Promulgation des Codex wendete sich der Kaiser zu der andern Hauptquelle des R. R., nämlich zu den Schriften der Rechtsgelehrten, für welche er dasselbe zu thun wünschte, was bis jetzt für die kaiserlichen Constitutionen geschehen war. Zu diesem Zwecke erließ er am 15. Decbr. 530. eine Verordnung an 17 Gelehrte, an deren Spitze der nunmehrige Staatskanzler Tribonianus stand, daß diese aus den Schriften der berühmtesten Rechtsgelehrten das Wissenswürdige und Anwendbare excerpiren und solchergestalt eine vollständige Rechtssammlung liefern sollten, welche sowohl in foro als in den Rechtsschulen zu Grunde gelegt werden könnte. Diese Verordnung ist die Constitutio: *Deo auctore* (de conceptione Digestorum). Justinian gab den Compilatoren zu dieser Arbeit, die er (§. 2. Prooem. Inst.) selbst ein opus desperatum nennt, 10 Jahre Zeit, allein sie wurde schon nach 3 Jahren beendigt und durch drey Constitutionen, welche sämmtlich vom 16. Decbr. 533. datirt sind, promulgirt. Diese sind 1) Const. *Tanta* (de confirmatione Digestorum: ad Senatum et omnes populos), 2) Const. *Δέδωκεν* (de confirmatione Digestorum: ad magnum Senatum) und 3) Const. *Omnem reipublicae* (de iuris docendi ratione: ad Antecessores). Alle vier diese Rechtssammlung betreffenden Constitutionen stehen als Präliminar-Constitutionen vor den Pandekten, die drey ersten aber auch im Codex, als L. 1. 2. u. 3. des Titels: de veteri iure enucleando. Die Const. *Δέδωκεν* stimmt, wenige Nebensachen abgerechnet, mit der Const. *Tanta* völlig überein. Durch diese beyden Verordnungen wurde bestimmt, daß die Pandekten mit dem 30. Decbr. 533. (an einem Tage mit den Institutionen) in Gesetzeskraft treten sollten.

§. 47.

b. Namen dieses Rechtsbuches.

So war denn unter Justinian das wichtigste Rechtsbuch entstanden, welches die Geschichte des R. R. kennt und welches noch heut zu Tage als die reichste Fundgrube des Privatrechts betrach-

tet werden muß: die Pandekten. Dieses Wort kommt von dem griechischen πᾶν und δέχεσθαι (omnia complecti), weil die Pandekten alle denkbare Verhältnisse des R. Privatrechts umfassen sollten. Das Wort Pandectae wird richtig als Masculinum behandelt, denn im Singulari heißt es ὁ πανδέκτης. Doch ist dieser Ausdruck nicht erst unter Justinian entstanden, indem schon der Jurist Modestinus Pandekten geschrieben hat. — Ein anderer Name unseres Rechtsbuches ist: *Digesta*: quoniam Pandectae in septem partes digesti (diuisi) sunt. Diese Eintheilung lag nämlich dem Edictum perpetuum zu Grunde, nach dessen Ordnung die Pandekten zusammengestellt sind. Aber auch dieser Ausdruck existirte schon vor Justinian, da der Rechtsgelehrte Iulianus ebenfalls Digesta geschrieben hat. — Justinian selbst nennt die Pandekten ius vetus enucleatum s. Codex iuris enucleati, weil sie eine Sammlung der berühmtesten Rechtssätze sind, welche aus den juristischen Schriften, gleichsam wie Kerne aus ihren Schaalen, genommen wurden. — Endlich werden die Pandekten auch, wie wir bereits oben (§. 11.) gesagt haben, in einem gewissen engern Sinne ius ciuile genannt.

§. 48.

c. Begriff und Quellen.

Die Pandekten sind eine Compilation von Excerpten aus den Schriften der berühmtesten Rechtsgelehrten, hauptsächlich derjenigen, welche vom 1sten bis zum 3ten Jahrh. nach Chr. gelebt haben und von welchen die meisten classische Juristen genannt werden. Die Zahl der Juristen, welche in den Pandekten benutzt sind, beläuft sich auf 39, von denen der älteste Q. Mucius Scaeuola, der jüngste Iulius Aquila ist. Diese sämmtlichen Juristen sind in dem sogenannten Index Florentinus verzeichnet, welcher vor der berühmten Florentinischen Pandekten-Handschrift steht, jedoch bloß 38 Juristen nennt. Zwey sind nämlich weggelassen: Aelius Gallus und Saluius Saturninus, unrichtiger Weise steht aber der Name des Sabinus darin, von welchem sich kein Excerpt in den Pandekten findet. Diejenigen Juristen, von denen wir die meisten Fragmente in den Pandekten haben, sind die 5 Juristen des Citirgesetzes (§. 35.), auf welches man wohl vorzugsweise Rücksicht genommen hat, ganz besonders aber Paulus und Vlpianus.

§. 49.

d. Einrichtung: α. äußere.

Die Pandekten hatten eine praktische Tendenz. Sie sollten als geltendes Rechtsbuch in foro ausschließliches Ansehn haben, d. h. mit Beseitigung aller andern Schriften der Rechtsgelehrten, und es war daher natürlich, daß man dem Bedürfnisse der praktischen Juristen besonders zu genügen suchte. Diese hatten sich aber an die Ordnung des Edicti perpetui schon seit langer Zeit gewöhnt und deshalb legten die Compilatoren ihrer Sammlung die Edictal-Ordnung zu Grunde und theilten die Pandekten nach dem Beyspiele des Edictes in septem partes. Aber bey dieser Eintheilung blieben sie nicht stehen, sondern fügten auch noch die in 50 Bücher hinzu, deren jedes in verschiedene Titel zerfällt, welche wieder in einzelne fragmenta oder leges getheilt sind. Eine einzige Ausnahme findet in Bezug auf den Titel de Legatis Statt, welcher durch drey Bücher hindurchgeht, nämlich *Lib. 30. 31. u. 32.* und in welchem man allegirt: *de Legat. I. II. III.* (de Legatis primo, secundo, tertio). Wenn ein Titel nur in einem einzigen Fragmente besteht, so heißt dieses Lex unica. Die einzelnen Fragmente haben eine Ueberschrift (inscriptio), welche den Namen desjenigen Juristen enthält, aus dessen Schrift das Fragment genommen ist; gewöhnlich steht die Schrift selbst dabey und zuweilen auch das Buch und der Titel aus derselben.

§. 50.

β. Innere:

αα. Muthmaaßliches Verfahren bey der Compilation der Pandekten.

Bis zum J. 1820. war man der Meynung, daß die Ordnung, in welcher sich die einzelnen Fragmente in den Pandekten vorfinden, eine rein zufällige sey, aber Blume hat es sehr wahrscheinlich gemacht, daß sie beabsichtigt gewesen ist. Nach der Meynung nämlich, welche dieser Gelehrte aufgestellt hat, trennten die Compilatoren die sämmtlichen Schriften, welche sie excerpiren wollten, in drey Massen, in die massa *Sabiniana, Edictalis* und *Papinianea*. Die erste enthielt hauptsächlich die verschiedenen Commentare, welche zu der Schrift des *Sabinus* de iure civili abgefaßt worden waren, die zweyte bestand aus denjenigen

Schriften, welche zur Erläuterung des Edictum perpetuum geschrieben worden waren, und die dritte aus den praktischen Schriften, besonders denen des Papinian. Um nun diese drey verschiedenen Massen zu excerpiren, theilten sich die Compilatoren selbst in drey Sectionen oder Ausschüsse, deren jeder eine Masse zur Bearbeitung übernahm. Nach Beendigung derselben traten die Sectionen wieder zusammen und verglichen die excerpirten Fragmente mit einander, brachten sie ihrem Inhalte nach unter gewisse Rubriken oder Titel und stellten in diesen Titeln die Fragmente nach den drey verschiedenen Massen zusammen, dergestalt, daß allemal diejenige Masse den Anfang machte, aus welcher die meisten Fragmente excerpirt waren, die beyden andern Massen aber nach Maaßgabe ihrer Vollständigkeit untergeordnet wurden. Diese Hypothese hat Blume aus den zwey letzten Titeln der Pandekten entnommen, wo sich jene drey Massen allerdings ziemlich deutlich herausstellen.

§. 51.

ββ. Inhalt der Pandekten und Eintheilung der Fragmente.

Die Pandekten enthalten zum bey Weitem größten Theile Privatrecht, nur das 1ste Buch, welches von den Röm. Magistraten handelt, und das 48ste bis 50ste Buch, welche mit Ausnahme der beyden letzten Titel des 50sten Buches, Criminalrecht vortragen (Libri terribiles), betreffen das öffentliche Recht.

Die einzelnen in den Pandekten vorkommenden Fragmente werden in *notantia* s. *citantia* s. *immediata* und *notata* s. *citata* s. *mediata* eingetheilt. Jene sind solche, welche wirklich aus einer Schrift desjenigen Juristen entnommen sind, dessen Name in der Ueberschrift steht, letztere hingegen sind die, welche in der Inscription den Namen eines andern Rechtsgelehrten führen, als von welchem das Fragment herrührt. Diese letztern sind der Eile und Bequemlichkeit der Compilatoren zuzuschreiben.

§. 52.

γγ. Abweichungen und Wiederholungen.

Wegen des praktischen Zweckes, welchen die Pandekten verfolgten, mußten die Compilatoren Vieles, was für die neueren Zeiten nicht mehr passend war, an dem Original-Texte verändern und eigene Zusätze machen, welche das praktische Bedürf-

niß erheischte. Solche Veränderungen oder Zusätze heißen Interpolationen oder Emblemata Triboniani, welche auch oft durch ein bloßes Versetzen der einzelnen Titel oder Fragmente bewerkstelligt wurden, daher die tituli fugitiui und leges fugitiuae. Diese sind ganze Titel oder einzelne Fragmente, welche die Compilatoren aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange herausgerissen und in eine andere Verbindung gebracht haben, in der sie zuweilen einen andern Sinn geben. Ein Beyspiel von einem *titulus* fugit. ist: Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur. Dieser Titel gehört eigentlich in die Lehre von der restitutio in integrum, ist aber in die Lehre von der tutela versetzt worden. Ein Beyspiel von einer *Lex* fugit. ist die L. 31. D. *de LL.*, wo es heißt: „princeps legibus solutus est." Diese Stelle aber ist aus Ulpian's Commentar *ad L. Iul. et Pap. Popp.* genommen und sollte ursprünglich nichts anderes andeuten, als daß der Kaiser nicht an die Lex Iul. und Pap. Popp. gebunden sey.

Obwohl Justinian in den Präliminar-Constitutionen behauptet, daß in den Pandekten keine Wiederholungen vorkämen, so finden sich dergleichen dennoch und sind überhaupt von einer doppelten Art, entweder Geminationes, oder Leges similes. Jene sind zwey oder mehrere Fragmente, welche mit einander wörtlich übereinstimmen, diese, welche zwar in verschiedenen Worten abgefaßt sind, allein auf einen und denselben Sinn hinauskommen. Die geminationes sowohl, als die leges similes sind nicht immer dem Irrthume der Compilatoren, sondern häufig auch dem nothwendigen Zusammenhange der Materien zuzuschreiben.

§. 53.

3) Institutionen: a. Abfassung und Promulgation.

Justinian hatte schon in der Const. *Deo auctore* §. 11. angekündigt, daß, weil die Pandekten ein zu umfassendes Werk werden würden, als daß es den Anfängern im Rechtsstudium zugänglich seyn könnte, eine kurze Uebersicht des R. R. und eine Einleitung in dasselbe unter dem Namen der Institutionen erscheinen sollte. Als daher die Compilation der Pandekten im Gange war, beauftragte der Kaiser die drey Rechtsgelehrten: Tribonianus, Dorotheus und Theophilus mit Abfassung der Institutionen und publicirte dieselben am 21. Nov. 533. durch eine Präliminar-Constitution, welche als Prooemium vor den Institutionen steht

und welche von Justinian selbst Oratio ad cupidam legum iuuentutem genannt wird, setzte aber durch die Const. *Tanta* vom 16. Decbr. fest, daß dieses Rechtsbuch seine gesetzliche Kraft an einem Tage mit den Pandekten, nämlich am 30. Decbr. 533., empfangen sollte.

§. 54.

b. Quellen und Einrichtung.

Die Justinianeischen Institutionen sind im Hauptwerke nach dem Muster der quatuor commentarii Institutionum des Gaius ausgearbeitet, nur mit Hinweglassung des gänzlich veralteten Rechts, allein es sind auch die Schriften anderer Juristen, so wie kaiserliche Constitutionen darin benutzt. Die Bearbeitung der Institutionen unterscheidet sich von der des Codex und der Pandekten dadurch, daß sie keine bloße Compilation, sondern eine wissenschaftliche und systematische Darstellung des R. Privatrechts ist, welche sich nach den drey obiectis iuris richtet. Die Institutionen sind nämlich nach denen des Gaius in vier Bücher getheilt, von welchen das erste das ius personarum, das zweyte und die 13 ersten Titel des dritten das ius rerum, der übrige Theil des dritten und das vierte Buch das ius obligationum et actionum enthalten. Die Bücher zerfallen in Titel und diese wieder in Paragraphen. Der Eingang jedes Titels vor dem Beginnen der Paragraphen wird principium genannt. Der letzte Titel der Institutionen hat öffentliches Recht zum Gegenstande, indem er de iudiciis publicis handelt. Für die Rechtsgeschichte ist aus den Institutionen nur wenig zu entnehmen, doch finden sich hier und da einzelne, historische Notizen.

§. 55.

4) Codex repetitae praelectionis:

a. Abfassung und Promulgation.

Während der Compilation der Pandekten hatte sich Justinian genöthigt gesehen, mehrere neue Constitutionen zu erlassen, welche theils die Beseitigung juristischer Controversen zum Zwecke hatten (die 50 Entscheidungen), theils selbstständigen Inhaltes waren. Da nun hierdurch das im Codex enthaltene Recht vielfach abgeändert wurde, so beschloß Justinian nach Beendigung der Pandekten, eine neue Bearbeitung des Codex zu veranstalten und

gab zu diesem Zwecke den Auftrag an fünf Compilatoren, unter welchen Tribonian wieder den ersten Platz einnahm. Diese Arbeit wurde schnell vollendet und am 16. Nov. 534. durch eine besondere Constitution promulgirt: Cordi nobis est (de emendatione Codicis Iustinianei), welche als Präliminar-Constitution vor dem Codex steht. Das Werk erhielt den Namen: Codex repetitae praelectionis, theils weil es überhaupt Sitte war, die zweyte Ausgabe eines Werkes repetitam praelectionem zu nennen, theils weil zwar nicht der Codex selbst, aber doch das Publications-Patent wieder verlesen werden mußte.

§. 56.

b. Einrichtung: α. äußere.

Der Codex repetitae praelectionis ist, wie der vetus, in zwölf Bücher getheilt, die Bücher zerfallen in Titel und diese in einzelne constitutiones oder leges. Die letztern sind sowohl mit einer Inscription, als auch zuweilen mit einer Subscription versehen. Die Inscription enthält den Namen des Kaisers, von welchem das Gesetz herrührt, und gewöhnlich auch den Namen derjenigen Person, an welche es erlassen ist, die Subscription dagegen Ort und Datum des Gesetzes und zuweilen die Namen der Consuln, unter welchen es erschienen ist.

§. 57.

β. Innere: αα. Inhalt.

Der Cod. rep. prael. umfaßt die kaiserlichen Constitutionen von Hadrian bis Justinian. Der größte Theil des Werkes ist privatrechtlichen Inhaltes und nach dem Edictum perpetuum gearbeitet. Aber das erste Buch und die vier letzten Bücher enthalten öffentliches Recht. Die einzelnen Constitutionen, welche den Stoff des Codex ausmachen, tragen keineswegs ihre ursprüngliche Gestalt, sondern sind ebenfalls nur als Fragmente zu betrachten, denn die Compilatoren nahmen in der Regel bloß den Hauptinhalt der Constitutionen auf, ließen alles Förmliche weg, trennten zusammenhängende Constitutionen oder vereinigten getrennte, wie es der Stoff erheischte.

§. 58.

ββ. Quinquaginta decisiones.

Unter denjenigen Constitutionen, welche in dem ältern Codex nicht enthalten sind, zeichnen sich ganz besonders die 50 Entscheidungen Justinians aus. Diese wurden lediglich durch die Compilation der Pandekten hervorgerufen. Die Compilatoren stießen nämlich bey ihrer Arbeit, wie dieß nicht fehlen konnte, auf große Meynungs-Verschiedenheiten unter den Juristen, aus deren Schriften sie excerpirten, und verlangten daher von dem Kaiser eine feste Bestimmung über die Ansicht, welche sie in die Compilation aufnehmen sollten. So gab Justinian nach und nach die 50 Entscheidungen heraus, durch welche die wichtigsten Rechtscontroversen beseitigt und welche die Hauptveranlassung zu dem Codex repetitae praelectionis wurden. Sie stehen aber nicht in geschlossener Reihe, sondern sind in dem Codex zerstreut, weshalb es denn gewisser Merkmale bedarf, an welchen man sie erkennen kann, und diese sind dreyerley: 1) und hauptsächlich: der Inhalt, durch welchen angedeutet wird, daß das vorliegende Gesetz auf Beseitigung einer Controverse gerichtet sey, 2) die Inscription. Diese ist: Imp. Iustinianus, entweder: *Iuliano*, praefecto praetorio, oder: *Ioanni*, praef. praet. und 3) die Subscription, nämlich entweder *Lampadio et Oreste* CSS. oder primo oder secundo anno *post Lampadii et Orestis consulatum.* — Nach der Meynung einiger neuern Gelehrten hat Justinian die 50 Entscheidungen auch in einer Sammlung herausgeben lassen, weil eine alte Handschrift der Institutionen, welche in Turin entdeckt worden ist, eines Liber decisionum Erwähnung thut.

§. 59.

γγ. Authenticae.

Im Cod. rep. prael. finden sich einzelne Constitutionen, welche zur Zeit Justinians nicht darin gestanden haben, nämlich die Authenticae. Diese rühren von den Glossatoren her und sind von einer doppelten Art: Iustinianeae und Fridericianae. Die erstern sind Excerpte aus Justinians Novellen, welche die Glossatoren ausgehoben und in den Codex übergetragen haben, um das neueste Justinianeische Recht nachzuliefern und den Leser auf den Unterschied zwischen dem ältern und neuern Rechte aufmerksam zu machen.

Ein Beyspiel ist die bekannte Authentica: *Si qua mulier*, welche unter der L. 22. C. *Ad SC. Velleianum* steht.

Authenticae Fridericianae dagegen sind Excerpte aus den Constitutionen der deutschen Kaiser Friedrichs I. und II., welche auf Befehl dieser Kaiser von den Glossatoren in den Codex rep. prael. aufgenommen wurden und ebenfalls Aenderungen des älteren Rechtes enthalten. Ein Beyspiel ist die ebenfalls sehr bekannte Authentica: *Sacramenta puberum*, welche unter der L. 1. C. *Si aduersus venditionem* steht. — Die Authenticae Fridericianae haben gewöhnlich die Ueberschrift: Noua constitutio Friderici.

Die Gesetzeskraft der Authentiken ist insofern unbezweifelt, als dieselben mit dem Urtexte übereinstimmen, aus welchem sie excerpirt sind. Man allegirt die Authentiken nach ihren Anfangsworten und fügt den Titel des Codex hinzu, unter welchem sie zu finden sind.

Endlich ist noch zu erinnern, daß es nicht allein im Codex, sondern auch in den Institutionen und Novellen Authentiken giebt, welche genau denselben Begriff haben, wie die im Codex, nur daß sie ausschließlich Iustinianeae sind. Aber die Authentiken der Institutionen kommen nur in sehr wenigen gedruckten Ausgaben vor, die der Novellen dagegen bloß in einigen Handschriften.

§. 60.

δδ. Leges restitutae.

Es giebt auch einzelne kaiserliche Constitutionen, welche ursprünglich im Cod. rep. prael. gestanden haben, später aber verloren gegangen sind und zwar, wie man glaubt, durch die Nachlässigkeit der Abschreiber. Sie wurden jedoch durch die Bemühungen der Gelehrten im 16ten Jahrh. aus andern Quellen, namentlich aus den Basiliken, wieder hergestellt. Die meisten Verdienste haben sich in dieser Beziehung Cuiacius und Contius erworben. Solche Constitutionen nennt man leges restitutas und es giebt deren 136. Weil sie aber den Glossatoren unbekannt waren, so gelten sie nicht in foro.

§. 61.

5) Novellen.

Nach der Promulgation der bisher beschriebenen Rechtsbücher erließ Justinian bis zu seinem Tode noch viele wichtige und aus-

führliche Constitutionen, welche, weil sie neuer, als die Compilationen sind, nouellae (scil. constitutiones) genannt werden, νεαραὶ διατάξεις. Die Novellen sind größtentheils in griechischer und nur 15 derselben in lateinischer Sprache abgefaßt, weil die griechische unter Justinian die lingua forensis, die Geschäftssprache war. Ob Justinian selbst eine Sammlung der Novellen veranstaltet habe, ist ungewiß und wohl zu bezweifeln, weil man diese Sammlung, als eine Justinianeische, heut zu Tage eben so gut kennen würde, wie die übrigen Compilationen. Wohl aber sind kurz vor Justinians Tode mehrere Privat-Sammlungen der Novellen erschienen, aus welchen sowohl die unten zu erwähnende Epitome, als auch diejenige Novellen-Sammlung geschöpft worden ist, die wir besitzen und in welcher überhaupt 168 Novellen enthalten sind. Aber von diesen Novellen hat Justinian bloß 154 erlassen, die übrigen rühren von seinen Nachfolgern her. — Eine neuere Sammlung veranstalteten die Glossatoren, welche jedoch bloß 97 Novellen darin aufnahmen, daher nur diese, als glossirte, heut zu Tage in foro gelten. Diese Sammlung theilten die Glossatoren in neun Collationes und jede Collatio wieder in Titel oder einzelne Novellen, mit Ausnahme der 8ten Novelle, welche in zwey Titel getheilt ist. Daher der Irrthum, daß es 98 glossirte Novellen gäbe. Diejenigen Novellen, welche die Glossatoren nicht aufgenommen haben, werden Nouellae extrauagantes oder extraordinariae genannt. Die meisten Novellen beginnen mit einer Einleitung (praefatio) und endigen mit besondern Schlußzeilen (epilogus), der Text selbst ist in capita getheilt. In den Ausgaben des Corpus iuris ciuilis sind aber alle 168 Novellen vollständig enthalten, so daß man die glossirten mit den nicht glossirten untermischt findet.

§. 62.

Epitome Iuliani.

Noch zur Zeit Justinians verfertigte Iulianus, ein Rechtslehrer zu Constantinopel, ein Excerpt aus den Novellen in lateinischer Sprache, welches unter dem Namen: Epitome Iuliani bekannt ist. Dieses Werk ist vermuthlich gleich nach dem J. 554. geschrieben, weil die darin enthaltenen Novellen nur bis zu diesem Jahre gehen und sich bloß auf 125 belaufen. Vermuthlich war diese Arbeit eine officielle und für Italien bestimmt, welches damals wieder einen Theil des griechischen Kaiserthums ausmachte. Die Epitome

Iuliani scheint anfänglich das Einzige gewesen zu seyn, was die Glossatoren von den Novellen gekannt haben, bis sie zum Besitze einer alten lateinischen Uebersetzung gelangten, welche vermuthlich aus dem 7ten Jahrhunderte herrührt, deren Verfasser unbekannt ist, und welche heut zu Tage versio vulgata genannt wird. Diese in's Lateinische übersetzten Novellen hielten die Glossatoren für die ächten Novellen und nannten sie im Gegensatze der Epitome Iuliani: Corpus authenticum s. Liber authenticorum s. Authenticae, woher es denn gekommen ist, daß das Wort Authenticae gleichbedeutend mit Novellen gebraucht wurde und daß man die von den Glossatoren dem Codex inserirten Excerpte der Novellen mit demselben Worte bezeichnete. Aber auch jene versio vulgata war nicht vollständig, denn sie enthielt bloß 134 Novellen.

§. 63.

Tredecim edicta.

Endlich giebt es außer den in der Sammlung befindlichen 168 Novellen noch 10 Novellen Justinians, welche mit der 8ten, 111ten und 122sten Novelle ein Ganzes ausmachen, das unter dem Namen der dreyzehn Edicte Justinians vorkommt. Diese Edicte, mit Ausnahme der drey letzterwähnten, sind den Glossatoren eben so unbekannt gewesen, als die übrigen, zerstreuten kaiserlichen Constitutionen, welche in den heutigen Ausgaben des Corpus iuris ciuilis vorkommen und Constitutiones im engern Sinne, in der Gesammtheit aber Decima nouellarum collatio genannt werden. Doch bezeichnet man mit dem letztern Worte zuweilen auch die Libros feudorum, welche ebenfalls einen Anhang des Corpus iuris ciuilis ausmachen.

Dritte Abtheilung.

Von den Schicksalen des R. R. nach Justinian.

I. Im Oriente.

§. 64.

1) Basilica.

Das Justinianeische Recht hat im Römisch-Byzantinischen Reiche auch nach Justinian noch eine lange Zeit gegolten, jedoch wurden

seine Rechtsbücher, welche in lateinischer Sprache abgefaßt waren, wegen des bequemeren Gebrauches in die Landessprache, also in's Griechische übersetzt, auch in derselben Sprache Commentare dazu geschrieben. Durch diese Uebersetzungen und Commentare, welche sich nicht immer treu an den Urtext hielten, so wie durch die von den Nachfolgern Justinians erlassenen Gesetze wurden so viele Veränderungen herbeygeführt und es trat eine so große Verwirrung und Ungewißheit des geltenden Rechtes ein, daß sich eine neue Bearbeitung desselben als nothwendig darstellte. Diesem Bedürfnisse suchte der Kaiser Basilius Macedo abzuhelfen, welcher in der 2ten Hälfte des 9ten Jahrhunderts eine große, officielle Sammlung des Römisch-Griechischen Rechtes veranstaltete, aber noch während der Bearbeitung derselben im Jahre 886. mit Tode abgieng, als erst 40 Bücher zu Stande gekommen waren. Sein Sohn und Nachfolger, Leo Philosophus, vollendete das Werk, indem er noch 20 Bücher hinzufügte, und promulgirte dasselbe unter dem Titel Basilica, mit welchem er seinen Vater ehren und bezeichnen wollte. Die Basilica waren also in 60 Bücher getheilt und die Bücher zerfielen wieder in Titel. — Im Jahre 945. wurden die Basilica einer neuen Bearbeitung unterworfen und zwar auf Befehl des Kaisers Constantinus Porphyrogenneta und erschienen als Basilica repetitae praelectionis. Diese sind die Basilica, welche wir heut zu Tage kennen und welche zur Erklärung der Justinianeischen Rechtsbücher von großem Nutzen sind, besonders in Hinsicht auf die Scholien, d. h. officielle Anmerkungen, mit welchen die Basiliken begleitet worden sind. Wir besitzen heut zu Tage bloß 36 Bücher der Basiliken vollständig, die übrigen sind theils mangelhaft, theils bloß im Auszuge vorhanden.

§. 65.

2) Nouellae Leonis Philosophi.

Der Kaiser Leo Philosophus hat sich aber nicht bloß durch die Basiliken verdient gemacht, sondern auch außer diesem Rechtsbuche viele einzelne Constitutionen erlassen, welche in die Zeit vom J. 887—891. fallen und manche Aenderungen des Justinianeischen Rechtes enthalten. Sie werden ebenfalls Novellen genannt und der Kaiser Leo soll selbst eine Sammlung dieser Gesetze veranstaltet haben. Die Zahl derselben belief sich ursprünglich auf 120, es sind jedoch bloß 113 erhalten worden. Sie sind

in griechischer Sprache abgefaßt, aber im J. 1560. von Agylaeus in's Lateinische übersetzt worden, auf welchem Wege sie auch in manche Ausgaben des Corpus iuris ciuilis übergegangen sind, wo sie jedoch nur als ein Anhang betrachtet werden, der aller Gesetzeskraft ermangelt.

II. Im Occidente.

§. 66.

1. Vor den Glossatoren.

In der Mitte des 6ten Jahrh. eroberten die Longobarden, ursprünglich ein germanisches Volk, welches seinen Sitz an der Ostsee hatte, im Vereine mit andern Völkern, die theils von ihnen besiegt worden waren, theils sich ihnen freiwillig angeschlossen hatten, Oberitalien und gründeten daselbst das große Longobardische Reich. Dieses wurde aber im J. 774. unter seinem letzten Könige Desiderius von Carl d. Gr. erobert. Trotz diesen politischen Veränderungen blieb dennoch das Justinianeische Recht in Italien immer bey Kräften, so daß vorzüglich der Codex und die Novellen (aus der Epitome Iuliani) daselbst Anwendung fanden. Doch ist es nicht zu läugnen, daß auch das vorjustinianeische Recht, besonders das Breuiarium Alaricianum, im Occidente neben dem Justinianeischen Rechte gleiches Ansehn genossen hat, besonders seit der Eroberung Italiens durch die Franken. Aber eben durch die Franken kam das Justinianeische Recht in das Fränkische Reich, nach Burgund und Spanien und wurde auf diese Weise im ganzen Occidente verbreitet.

Die wissenschaftlichen Bestrebungen im Fache des Rechtes waren vor den Glossatoren äußerst dürftig, obwohl auch in diese Periode mehrere Bearbeitungen des Justinianeischen Rechtes fallen. Unter ihnen zeichnen sich zweye aus, wovon die eine in Italien um das J. 1100., die andere um dieselbe Zeit im Fränkischen Reiche entstanden ist. Die in Italien erschienene ist der sogenannte Brachylogus iuris ciuilis, eine systematische Bearbeitung des Justinianeischen Rechtes, welche ursprünglich den Titel führte: Summa nouellarum constitutionum Iustiniani imperatoris. Den Hauptstoff zu diesem Werke haben die Institutionen geliefert, obwohl die übrigen Justinianeischen Rechtsbücher ebenfalls darin benutzt sind. Den Titel Brachylogus

hat das Werk erst von den spätern Auslegern empfangen und der Verfasser ist unbekannt.

Diejenige Bearbeitung aber, welche im Fränkischen Reiche entstanden ist, wurde in Valence zu Ende des 11ten Jahrhunderts verfertigt, nämlich Petri Exceptiones (excerptiones) legum Romanarum. Dieß ist ein Auszug aus den Justinianeischen Rechtssammlungen in vier Büchern.

§. 67.

2) Seit den Glossatoren: a. Schulen derselben.

Im Laufe des 12ten Jahrh. lebte aber das Studium des R. R. in sehr erfreulichem Grade wieder auf und zwar durch die zu Bologna gegründete Rechtsschule, an welcher sich der Jurist Irnerius in der ersten Hälfte des 12ten Jahrh. durch seine Vorträge großen Ruhm erwarb. Dieser erklärte und erläuterte nämlich seinen Zuhörern die Justinianeischen Rechtsbücher durch Anmerkungen, die größtentheils grammatisch waren und Glossen genannt wurden. Irnerius ist daher als der Stifter der Rechtsschule zu Bologna und zugleich als der erste Glossator zu betrachten. Die Glossae wurden anfänglich als interlineares zwischen die Zeilen des Textes geschrieben, dann aber als marginales an den Rand versetzt. Die Zuhörer des Irnerius wurden späterhin seine Nachfolger im Lehramte (obwohl solche Lehrer nicht öffentlich angestellt waren), und so bildeten sich im Laufe der Zeit drey Schulen der Glossatoren: die Schola Irneriana im 12ten, die Schola Accursiana im 13ten und die Schola Bartolina im 14ten Jahrh. Diese drey Schulen unterschieden sich von einander sehr bedeutend durch die Methode, welche sie in der Behandlung und Bearbeitung des Röm. R. verfolgten. Die schola Irneriana, als die älteste, war die einfachste und verbreitete sich auch in andere Städte von Oberitalien, namentlich nach Pavia und Padua. Unter den Schülern des Irnerius, welche die Lehre desselben befestigten, sind besonders berühmt: Bulgarus, Martinus Gosia, Hugo de Porta Rauennate und Iacobus de Porta Rauennate. — Die schola Accursiana hat ihren Namen von dem Glossator Accursius, welcher in der ersten Hälfte des 13ten Jahrh. ebenfalls in Bologna lehrte und besonders dadurch berühmt geworden ist, daß er die sämmtlichen, schon vorhandenen Glossen seiner Vorgänger (die voraccursische Glosse) sammelte, seine eigenen hinzufügte und auf diese Weise die sämmtlichen Justinia-

neischen Rechtsbücher commentirte. Diese Glossen-Sammlung erhielt bald ein so großes Ansehn, daß man sie in den Gerichten annahm und deshalb Glossa ordinaria nannte. — Berühmte Zeitgenossen des Accursius waren Azo, der Lehrer des Accursius, Odofredus, ein Gegner desselben und Hugolinus a Presbyteris. Die schola Accursiana wich von der schola Irneriana dadurch ab, daß sie breiter und weitläuftiger war und sich mit vielen Spitzfündigkeiten befaßte. Die schola Bartolina hat ihren Namen von Bartolus de Saxoferrato, einem Dialectiker, welcher in der ersten Hälfte des 14ten Jahrh. lehrte, aber die scholastische Philosophie auf das Rechtsstudium übertrug, wodurch dasselbe gänzlich in Verfall gerieth.

§. 68.

b. Wirksamkeit:

α. Die Verbreitung des R. R. nach Deutschland.

Die Gelehrsamkeit der Glossatoren, wie sie in der damaligen Zeit möglich war, und der musterhafte Fleiß derselben machte die Rechtsschulen in Italien und besonders die zu Bologna so berühmt, daß ihnen auch Fremde aus dem ganzen Occidente in einer Menge zuströmten, welche heut zu Tage nicht mehr vorkommt. Ganz besonders fanden sich auch Deutsche daselbst ein, die sich dem Studium des logisch geordneten R. R. um so eifriger widmeten, je weniger sie diese Eigenschaft an ihren einheimischen Gesetzen rühmen konnten. Sie suchten daher das R. R. nach ihrer Rückkehr so viel als möglich in Deutschland anzuwenden, wenn ihre amtliche Stellung dazu Veranlassung gab. — Zu dieser Hauptursache der Aufnahme des R. R. in Deutschland gesellten sich noch folgende Nebenumstände: 1) der Eifer, mit welchem die Geistlichen das ihrem Stande so günstige R. R. zur Anwendung zu bringen suchten, 2) der häufige Aufenthalt der deutschen Kaiser in Italien, welche sogar die Glossatoren und andere italiänische Juristen zu ihren Reichsversammlungen beriefen, 3) die Ansicht, mit welcher sich die deutschen Kaiser schmeichelten, daß sie Nachfolger der römischen wären, und 4) die Anstellung italiänischer Rechtsgelehrter als Richter und Professoren in Deutschland. Solchergestalt war in Deutschland das R. R. seit dem 12ten Jahrh. stillschweigend als Gewohnheitsrecht recipirt und diese Reception wurde später als eine bereits geschehene auch durch geschriebe-

nes Recht, sowohl durch Reichsgesetze (z. B. durch die Reichs-Kammergerichts-Ordnung vom J. 1495. §. 3.), als durch Particularrechte anerkannt.

§. 69.

β. Die Zusammenstellung der Justinianeischen Rechtsbücher.

Justinian selbst hat seine Rechtsbücher niemals in ein Ganzes gebracht. Dieß geschah erst durch die Glossatoren, welche die einzelnen Theile des Justinianeischen Rechtes vereinigten und mit dem Gesammtnamen des Corpus iuris ciuilis bezeichneten, obwohl die Herausgeber der Justinianeischen Rechtsbücher sich erst spät dieses Ausdruckes bedient haben. Der erste, der dieß that, war Dionysius Gothofredus in seiner Ausgabe von 1604., nach welcher dieser gemeinschaftliche Titel allgemein angenommen wurde. Zur Zeit der Glossatoren bestand aber das Corpus iuris ciuilis aus fünf Bänden (Voluminibus), von welchen die drey ersten die Pandekten enthielten. Diese drey Theile waren das Digestum vetus, nouum und infortiatum, welche Eintheilung sich auf die verschiedenen Zeiten bezieht, zu welchen die Pandekten aufgefunden wurden. Man muß nämlich das infortiatum, obwohl es, der Reihenfolge nach, in der Mitte steht (Lib. XXIV. Tit. 3. — Lib. XXXVIII.), zuletzt nennen, weil es dasjenige Stück der Pandekten war, zu dessen Besitze die Glossatoren zuletzt gelangten und wodurch also der mittlere Theil vervollständigt wurde. Der vierte Theil war für die neun ersten Bücher des Codex bestimmt, entweder weil die drey letzten den Glossatoren anfänglich gefehlt haben, oder weil sie öffentliches Recht betrafen und deshalb nicht passend für den Zusammenhang schienen. Im fünften Theile endlich, welcher Volumen im engern Sinne genannt wurde, waren die übrigen Stücke vereinigt, nämlich die Institutionen, Novellen und die drey letzten Bücher des Codex, wozu noch als Anhang die Libri feudorum und die Constitutionen kamen.

§. 70.

γ. Die Berichtigung des Textes in den Justinianeischen Rechtsbüchern.

Da die Handschriften der Justinianeischen Rechtsbücher in ihren Lesarten bedeutend von einander abwichen, so war es die

wichtigste Sorge der Glossatoren, den Text jener Rechtsbücher zu berichtigen und eine allgemeine Lesart einzuführen, welcher man bey den Lehrvorträgen mit Sicherheit folgen könnte. Diesen Zweck erreichten auch die Glossatoren durch musterhaften und beharrlichen Fleiß, und auf diese Weise entstand die sogenannte Lectio s. Recensio s. Litera Bononiensis, durch welche die frühere Lectio vulgata verdrängt wurde, d. h. diejenige Lesart, in welcher die meisten Handschriften übereingestimmt hatten und welcher man daher, als der muthmaaßlich richtigen, gefolgt war. Hinsichtlich der Pandekten liegt der lectio Bononiensis die berühmte Florentinische Pandekten-Handschrift zu Grunde, welche sich zur Zeit der Glossatoren in Pisa befand und daher Codex Pisanus hieß, zu Anfange des 15ten Jahrh. aber in die Mediceische Bibliothek zu Florenz versetzt wurde und entweder schon aus dem 6ten, oder doch aus dem 7ten Jahrh. herrührt. Da nun durch diese Handschrift nur die Lesart der Pandekten berichtigt werden konnte, so findet man die der übrigen Justinianeischen Rechtsbücher etwas mangelhafter, was besonders für die Inscriptionen und Subscriptionen des Codex gilt.

§. 71.

δ. Uebrige Verdienste der Glossatoren.

Außer den erwähnten Leistungen der Glossatoren, welche allerdings die wichtigsten sind, zeigt sich ihre Wirksamkeit noch in folgenden Momenten: 1) daß in Deutschland nur diejenigen Theile des Corpus iuris ciuilis Gültigkeit erhalten haben, welche glossirt sind. Daher der Grundsatz: Textum, quem glossa non agnoscit, nec agnoscit forum. 2) Die Glossatoren setzten an die Stelle der Epitome Iuliani das Corpus authenticum, d. h. die lateinische Uebersetzung (versio vulgata) der Novellen (§. 62.). 3) Gleicherweise rühren auch die Authentiken im Codex, so wie in den Institutionen und Novellen von den Glossatoren her (§. 59.) und 4) haben die Glossatoren viele Kunstausdrücke erfunden, deren wir uns noch heut zu Tage bedienen und welche nicht in den Justinianeischen Rechtsbüchern stehen.

§. 72.

Die Rechtswissenschaft in ihrer spätern Gestalt.

Im 14ten und 15ten Jahrh. befand sich die Rechtswissenschaft in einem wahrhaft beklagenswerthen Zustande, indem man lediglich

der alten, hergebrachten, exegetischen Methode anhieng und nicht sowohl die Quellen, als vielmehr die schon an sich nicht sehr fruchtbaren Glossen zum Gegenstande der wissenschaftlichen Bestrebungen erhob. Bald kam es dahin, daß sich feste Rechtsansichten bildeten, die ein Jeder von seinem Vorgänger als verbürgt und untrüglich aufnahm, wodurch denn die ganze Rechtslehre zur bloßen Tradition wurde. Aber das 16te Jahrh. machte dieser traurigen Lage ein Ende und führte einen bessern Geist herauf, indem man sich nicht mehr bloß an Worte hielt, sondern, wie es wahre Wissenschaft verlangt, auf den logischen Sinn der Rechtsquellen eingieng und zu diesem Zwecke die Geschichte zu Hülfe nahm, woraus die historisch-critische Schule hervorgieng, welche besonders dem Alciatus in Italien und dem Zasius in Deutschland ihren Ursprung verdankt und, zum Heile der Wissenschaft, durch die Bestrebungen der neuern und neuesten Juristen die Oberhand behalten hat.

§. 73.

Gültigkeit des R. R. in Deutschland.

Ueber die heutige Anwendbarkeit des R. R. in Deutschland sind folgende Grundsätze zu merken.

1) Das R. R. gilt nur in subsidium, d. h. so lange ihm nicht Reichsgesetze oder Particularrechte derogiren.

2) Nur dasjenige R. R. kann in Deutschland zur Anwendung kommen, welches im Corpus iuris ciuilis enthalten ist, weshalb das ganze ius Anteiustinianeum und Postiustinianeum ausgeschlossen bleibt.

3) Aber auch das Corpus iuris ciuilis gilt nicht in allen seinen Theilen, sondern nur soweit es glossirt ist und dieß findet bei den Institutionen, den Pandekten, dem Codex und bei 97 Novellen Statt, welche letztere in folgender Ordnung vorkommen: Collatio I. Nouella 1—6. Coll. II. Nou. 7—10. u. 12. Coll. III. Nou. 14—20. Coll. IV. Nou. 22. 23. 33. 34. 38. 39. u. 44. Coll. V. Nou. 46—49. 51—58. 60. 61. 66. 67. u. 69—71. Coll. VI. Nou. 72—74. u. 76—88. Coll. VII. Nou. 89—99. Coll. VIII. Nou. 100. 105—109. u. 111—117. Coll. IX. Nou. 118—120. 123—125. 127. 128. 131. 132. 134. 143. u. 159.— Doch giebt es auch in den Pandekten und im Codex einige nicht glossirte Stellen, welche als leges restitutae erst später hinzuge-

kommen sind. Jener Einfluß der Glosse hat aber einen rein historischen Ursprung, indem anfänglich nur der glossirte Theil des Justinianeischen Rechts in Deutschland bekannt wurde (§. 68.), die Glosse selbst hat durchaus kein gesetzliches Ansehn und eben so wenig sind wir an die Lesarten und Interpretationen der Glossatoren gebunden.

4) Im glossirten Corpus iuris ciuilis gelten jedoch nur die verba dispositiua, nämlich diejenigen Stellen, welche wirklich eine gesetzliche Verordnung enthalten, im Gegensatze der verba enuntiatiua, welche entweder nur einen guten Rath ertheilen (suasiones legum), oder andere Gesetze zum Nachlesen empfehlen (commendationes legum), oder sich auch nur auf die wissenschaftliche Behandlung des Rechts beziehen, wie dieß bey Definitionen und Eintheilungen der Fall ist.

5) Aber auch die verba dispositiua können nicht zur Anwendung kommen: a) wenn sie durch spätere Gesetze aufgehoben worden sind (lex posterior derogat legi priori), b) wenn sie Verhältnisse betreffen, welche mit der Verfassung und den eigenthümlichen Einrichtungen Deutschlands unvereinbar sind, wohin der größte Theil des öffentlichen Rechts, so wie auch manche privatrechtliche Sanctionen, z. B. die Lehre von den Sclaven gehören, c) wenn solche rechtliche Beziehungen vorliegen, welche rein deutschen Ursprungs und daher dem R. R. völlig unbekannt sind, wie dieß z. B. von den Erbverträgen gilt, und d) in denjenigen Fällen, in welchen das Canonische Recht den Vorrang hat, wovon weiter unten die Rede seyn wird.

§. 74.

Von der Collision zwischen den verschiedenen Theilen des Justinianeischen Rechts.

Wenn diejenigen Gesetze Justinians, welche in Deutschland gelten, mit einander in Widerspruch stehen, was troß der Behauptung dieses Kaisers, allerdings zuweilen vorkommt, so entscheidet zunächst der Grundsatz: lex posterior derogat legi priori. Hiernach werden 1) die Novellen, als die neuesten Justinianeischen Gesetze, den ihnen vorangegangenen drey Compilationen vorgezogen und eben so muß 2) der Codex den Pandekten und Institutionen vorgehen. Weil aber 3) die beyden letztern Compilationen an einem Tage in gesetzliche Kraft getreten sind (§. 53.), so hat

man mehrfach darüber gezweifelt, welcher von beyden der Vorzug einzuräumen sey. Nach der richtigern Meynung gebührt er den Pandekten, weil diese ganz eigentlich für das forum bestimmt und als ein abgeschlossenes Gesetzbuch zu betrachten waren, die Institutionen dagegen mehr einen wissenschaftlichen Zweck hatten und bloß zur Einleitung in das ausführliche Pandekten-System dienen sollten.

Was aber diejenigen Widersprüche betrifft, welche in den einzelnen Rechtsbüchern selbst vorkommen, so müssen die spätern Novellen den frühern vorgehen, weil sie einzeln und nicht als Sammlung ihre gesetzliche Kraft erhalten haben, im Codex dagegen, welcher gleich als Gesetzbuch promulgirt worden ist, muß die allgemeine Constitution, nämlich das Edict oder die Decision, der besondern, nämlich dem Decrete oder Rescripte, derogiren, weil bey den letztern die Kaiser nicht immer die Absicht der Gesetzgebung hatten, sondern meistens nur die vorkommenden Fälle nach dem bestehenden Rechte entscheiden wollten. Wenn endlich eine solche Collision entweder zwischen gleichartigen Constitutionen des Codex, oder zwischen einzelnen Stellen der Pandekten oder Institutionen vorkommt, so gebührt der Vorzug zunächst derjenigen Stelle, welche in einem andern Gesetze für die gültige anerkannt worden ist, außerdem aber muß der Zweifel durch die Rechtsphilosophie gelöst werden.

Zweytes Capitel.

Von den Quellen des Canonischen und Reichsrechts.

I. Von den Quellen des Canonischen Rechts.

§. 75.

Canones.

Canon (von dem griechischen Worte *κανών*: regula) bezeichnet im weitern Sinne jedes Gesetz der Kirche, weil diese den mildern Ausdruck canon dem strengern lex vorzog. Daher: ius canonicum, das aus zwey Hauptquellen fließt: aus den Schlüssen der Kirchenversammlungen, welche canones im engern

Sinne, und aus den Verordnungen der Päpste, welche litterae s. epistolae decretales (päpstliche Decretalen) genannt werden.

Die Kirchenversammlungen waren das älteste Organ der kirchlichen Gesetzgebung, denn das Papstthum hat sich erst im Laufe der Zeit entwickelt. Vor Constantin d. Gr. konnte die christliche Kirche, als eine verbotene und verfolgte Gesellschaft, ihre Versammlungen (Synoden) nur im Geheimen halten und den Beschlüssen derselben weder Nachdruck geben, noch Gültigkeit im Staate verschaffen, weshalb denn die ältesten Kirchengesetze leges conventionales waren, deren Verletzung im schlimmsten Falle nur die Ausschließung von der Gemeinde nach sich zog. Dieser traurigen Verstecktheit der christlichen Kirche machte aber Constantin d. Gr. ein Ende, indem er selbst zur Fahne des Erlösers schwur und auf diesem Wege unserem Glauben eine sichere Zukunft rettete. Er stellte die Kirche aus ihrem bisherigen Dunkel auf eine glänzende Höhe und berief im J. 325. das erste öcumenische (allgemeine) Concilium nach Nicäa, wodurch er den Weg zu einer wahren, kirchlichen Gesetzgebung bahnte. Seine Nachfolger setzten solche allgemeine Kirchenversammlungen fort und späterhin wurden dieselben, als die höchste Kirchengewalt in die Hände der Päpste übergegangen war, von diesen berufen und geleitet, so daß die Schlüsse der ältern und neuern öcumenischen Concilien noch heut zu Tage die erste Hauptquelle des Kirchenrechts unter dem Namen des ius canonicum in specie sic dictum ausmachen.

§. 76.

Litterae decretales.

Weil aber der Bischof zu Rom, welcher sich später in einen Papst verwandelte, als Nachfolger des Apostels Petrus angesehen und darum höher, als die übrigen Bischöfe gestellt wurde, sich auch seines erhabenen Platzes nicht selten durch ausgezeichnete Kenntnisse würdig zeigte, so wendeten sich viele Geistliche und Nichtgeistliche sowohl in Glaubens- und Gewissenssachen, als in zeitlichen Angelegenheiten mit Fragen an ihn, und die Antworten, die er darauf ertheilte und welche anfänglich nichts Anderes, als ein guter Rath seyn sollten, gelangten bald zu dem Ansehn gesetzlicher Aussprüche, wurden litterae decretales genannt und bilden unter dem Gesammtnamen des ius pontificium die zweyte Hauptquelle des Kirchenrechts.

§. 77.

Uebrige Quellen des Canonischen Rechts.

Aber diese beyden Hauptquellen sind es nicht allein, aus welchen die Materialien des Canonischen Rechts hervorgehen, es giebt vielmehr noch eine große Anzahl anderer Quellen, unter denen folgende die wichtigsten sind: 1) die canonischen Bücher der heiligen Schrift und zwar sowohl des alten, als des neuen Testamentes. Denn wenn auch das alte Testament den Christen nicht promulgirt worden ist, so wird doch das neue als eine Fortsetzung desselben angesehen und daher ist jenes als von den Christen recipirt zu betrachten, 2) die Aussprüche der Kirchenväter, 3) die Schlüsse der Synoden, also der Particular-Concilien, welche sich im Gegensatze der öcumenischen nur auf einen bestimmten Kirchendistrict beziehen, 4) die Compilationen des R. R., welche sowohl im Oriente (Codex Theodosianus und die Justinianeischen Rechtsbücher), als im Occidente (Breuiarium Alaricianum) erschienen waren, 5) die Capitularien (Verordnungen) der Fränkischen Könige und 6) die Constitutionen der deutschen Kaiser.

§. 78.

Corpus iuris canonici:

1) Decretum Gratiani.

Alle diese Quellen des Canonischen Rechts wurden zu verschiedenen Zeiten und namentlich die Concilien-Schlüsse und die päpstlichen Decretalen schon seit dem 5ten und 6ten Jahrhundert in gewisse Sammlungen gebracht, die theils von Privatmännern, theils unter öffentlicher Auctorität ausgiengen, von welchen jedoch hier nur diejenigen zu erwähnen sind, die unter dem Gesammtnamen des Corpus iuris canonici gesetzliche Kraft in Deutschland haben.

Das Corpus iuris canonici besteht aus zwey Haupttheilen. Den ersten bildet das Decretum Gratiani, der zweyte aber enthält mehrere Sammlungen päpstlicher Decretalen.

Gratianus, ein Camaldulenser-Mönch, welcher zu Bologna im Kloster des heil. Felix lebte, brachte im J. 1151. eine große Sammlung des Kirchenrechts (besonders von Concilienschlüssen und päpstlichen Decretalen) zu Stande, welche er für den academischen Gebrauch bestimmt hatte und Decretum nannte, ein Ausdruck, der schon vor ihm existirte (z. B. das Decretum

des luo) und in jenem Zeitalter nichts weiter, als eine **Sammlung von Kirchengesetzen** bezeichnet. Die Glossatoren des Decretes gaben diesem Werke noch einen andern Titel: Concordia discordantium canonum, weil Gratian sich bemüht hätte, die Widersprüche zu heben, welche zwischen den verschiedenen Quellen des Kirchenrechts vorgekommen wären. Der Papst **Eugen** III. sendete die Compilation im J. 1152. an die Universität **Bologna**, mit dem Befehle, academische Vorlesungen darüber zu halten, welches damals der gewöhnliche Weg war, eine Gesetzsammlung in's forum zu bringen.

Das Decretum ist in drey Hauptabschnitte (partes) getheilt, welche die Stelle der **Bücher** vertreten. Der **erste** Hauptabschnitt (pars prima) enthält 101 Distinctiones, deren jede wieder in Canones zerfällt. Hier wird allegirt: c. 1. D. (oder Dist.) XII. so daß weder in diesem, noch in den beyden andern Abschnitten des Decretes das Wort: Decreti hinzugefügt wird, weil dem zweyten Theile des Corpus iuris canonici, nämlich den Decretalen-Sammlungen, eine andere Oeconomie zu Grunde liegt. — Der **zweyte** Hauptabschnitt (pars altera) ist in 36 Caussas getheilt, die Caussae zerfallen in Quaestiones und diese wieder in Canones. Hier wird allegirt: c. 24. C. XI. qu. 2. Aber die 3te Quaestio in der 33sten Caussa macht eine besondere Abhandlung: de poenitentia aus, welche von den spätern Auslegern in 7 Distinctiones eingetheilt worden ist, und hier allegirt man mit Hinweglassung der Caussa und der Quaestio: c. 40. Dist. I. de Poenitentia. — Der **dritte** Hauptabschnitt (pars tertia) führt, was bey den beyden vorhergehenden **nicht** der Fall ist, eine besondere Ueberschrift: de Consecratione, welche, obgleich nicht der ganze Abschnitt von der Consecration handelt, dennoch beybehalten worden ist, um beym Allegiren die pars tertia von der pars prima zu unterscheiden. Der dritte Abschnitt ist nämlich, gleich dem ersten, in Distinctiones getheilt, deren aber nur **fünf** sind, und die Distinctiones zerfallen wieder, wie oben, in Canones. Hier wird allegirt: c. 18. Dist. IV. de Consecratione.

§. 79.

2) Decretales Pontificum.

a. Decretales Gregorii IX.

Der zweyte Haupttheil des Corp. iur. can. besteht aus fünf Sammlungen päpstlicher Decretalen, von welchen jedoch nur die

drey ersten gemeinrechtliche Gültigkeit haben: 1) Decretales Gregorii IX. 2) Liber Sextus, 3) Clementinae, 4) Extravagantes Ioannis XXII. und 5) Extravagantes communes. — Die in diesen Sammlungen enthaltenen Gesetze sind aber nicht durchgängig päpstliche Decretalen, sondern zum großen Theile auch Constitutionen, d. h. Schlüsse solcher öcumenischer Concilien, welche unter dem Vorsitze der Päpste gehalten und von diesen bestätigt worden sind.

Schon zu Ende des 12ten und zu Anfange des 13ten Jahrhunderts waren theils von Privatmännern, theils auf Befehl der Päpste, mehrere Sammlungen derjenigen neuern Decretalen veranstaltet worden, welche nicht in Gratians Decrete standen. Doch hatten alle diese Compilationen kein gesetzliches Ansehn erlangen können, bis endlich Gregor IX. dem Bedürfnisse einer gesetzlichen Decretalen-Sammlung genügte. Dieser Papst ließ nämlich durch seinen Beichtvater Raymundus a Pennaforte die wichtigsten Decretalen und Constitutionen, welche unter seinen Vorgängern erschienen waren, zusammenstellen und diejenigen hinzufügen, welche er selbst erlassen hatte. Die Arbeit wurde im J. 1230. vollendet und unter dem Titel: Decretales Gregorii IX. im J. 1234. nach Paris und im J. 1235. nach Bologna an die Universitäten gesendet.

Dieses Werk ist in fünf Bücher getheilt, deren Inhalt und Folgereihe mit dem bekannten Hexameter bezeichnet wird: Iudex, Iudicium, Clerus, Connubia, Crimen. Jedes Buch zerfällt in Titel und jeder Titel in Capitel (Capita). Man allegirt hier: c. 18. X. de Foro comp. — Das X. zeigt Extra an, weil diese Sammlung solches Kirchenrecht enthält, welches sich außerhalb des Decretum Gratiani befindet.

§. 80.

b. Liber Sextus.

Noch in demselben Jahrhundert wurden zwey öcumenische Concilien zu Lyon (concilia Lugdunensia) gehalten, nämlich unter Innocenz IV. im J. 1245. und unter Gregor X. im J. 1273. Die neue Gesetzgebung, welche von diesen Kirchenversammlungen ausgieng, machte sowohl für das forum, als für die Universitäten eine neue Sammlung nothwendig und eine solche wurde auch vom Papste Bonifaz VIII. auf Ansuchen der Universität Bo-

logna im J. 1297. bewerkstelligt und zwar durch drey gelehrte Cardinäle: Guilielmus de Mandagotto, Berengarius Fredoli und Richardus a Senis. Im J. 1298. wurde die Compilation an die Academieen zu Paris und Bologna gesendet. Das Werk sollte als eine Fortsetzung der Decretalen Gregors IX. angesehen werden und erhielt, weil diese in fünf Bücher eingetheilt waren, den Titel: Liber Sextus Decretalium Bonifacii VIII. Diese Sammlung enthält aber ebenfalls fünf Bücher, die Bücher zerfallen in Titel und diese wieder in Capitel. Hier wird allegirt: c. 2. de Pact. in VI. (oder in 6.).

§. 81.

c. Clementinae.

Im J. 1305. bestieg Clemens V. den päpstlichen Thron und schrieb im J. 1311. ein öcumenisches Concil nach Vienne aus, welches im J. 1313. beschlossen wurde und einem neuen Rechtsbuche den Ursprung gab. Clemens V. ließ nämlich die Schlüsse dieser Kirchenversammlung, zugleich mit den Decretalen, die er selbst vor und nach derselben promulgirt hatte, in eine Sammlung bringen und legte sie, noch im erwähnten Jahre, den Cardinälen zur Begutachtung vor. Er selbst hat sie aber nicht promulgirt, vielmehr geschah dieß erst von seinem Nachfolger Johann XXII., welcher die Compilation unter dem Titel: Clementinae im J. 1317. mit einem Publications-Patente nach Bologna sendete. — Die Clementinen sind ebenfalls in fünf Bücher getheilt, die Bücher in Titel und diese in Capitel. Man allegirt sie: c. 2. de Poen. in Clem. oder: c. 2. Clem. de Poen. Sie bilden den letzten Theil des in foro gültigen Corpus iuris canonici, daher der Ausdruck: Corpus iuris canonici clausum.

§. 82.

Extrauagantes.

Die päpstlichen Decretalen, welche nach der Promulgation der Clementinen erlassen worden sind, erhielten den Namen Extravagantes, weil sie außerhalb des Corpus iuris canonici *clausum* existiren. Von diesen giebt es im Corp. iur. can. zwey Privatsammlungen, deren Verfasser unbekannt sind und welche keine gemeinrechtliche Gültigkeit haben, sondern nur auf die katholische Kirche angewendet werden können, nämlich:

1) *Extrauagantes Ioannis* XXII. Diese Sammlung erschien um das J. 1340. und enthält nur 20 einzelne Decretalen des genannten Papstes, welche in 14 Titel getheilt sind. Hier wird allegirt: c. 2. Extrau. Io. XXII. de Elect.

2) *Extrauagantes communes.* Diese Sammlung wird deshalb so genannt, weil sie nicht, wie die vorige, die Decretalen eines einzigen Papstes, sondern verschiedener Päpste enthält, nämlich der Päpste von Urban IV. bis Sixtus IV., welche von der Mitte des 13ten bis gegen das Ende des 15ten Jahrhunderts regierten. Die Sammlung selbst erschien um das Jahr 1483. und ist zwar ebenfalls in fünf Bücher getheilt, aber das vierte Buch fehlt (Liber quartus vacat). Hier wird allegirt: c. 2. Extrau. Comm. de Praeb.

§. 83.

Gültigkeit des Corpus iuris canonici in Deutschland.

Das Corpus iuris canonici *clausum* ist in Deutschland als ein Theil des gemeinen Rechts in complexu recipirt und diese Reception beruht theils auf dem Gerichtsbrauche mehrerer Jahrhunderte, theils auf positiven Reichsgesetzen (Reichshofraths-Ordnung: Tit. VII. §. 24.), theils endlich auf Particularrechten, durch welche jenes Rechtsbuch, als ein subsidiarisches, in einzelnen deutschen Staaten ausdrücklich anerkannt worden ist. Obwohl nun das Corpus iuris canonici für beyde Confessionen in Deutschland verbindende Kraft hat, so ist doch dieselbe sowohl bey den Katholiken, als bey den Protestanten vielfach beschränkt. Bey den erstern haben nämlich neuere, derogirende Gesetze, ganz besonders die Schlüsse der Tridentinischen Kirchenversammlung viele wichtige Hauptveränderungen herbeygeführt und auf die letztern leidet das Corpus iuris canonici keine Anwendung, insofern es mit den Glaubenslehren oder mit der Verfassung der protestantischen Kirche im Widerspruche steht.

Nun sollte eigentlich das Canonische Recht, seiner Bestimmung gemäß, nur in kirchlichen Angelegenheiten (caussis ecclesiasticis) zur Anwendung kommen, allein diese Regel hat manche sehr bedeutende Ausnahmen erfahren, weil es nicht zu läugnen ist, daß Deutschland bey seiner Rechtsbürftigkeit im Mittelalter, der selbst das R. R. wegen der abweichenden Staatsverfassung nicht gänzlich abzuhelfen vermochte, den kirchlichen Gesetzgebern eine

Menge Sanctionen verdankte, welche vermittelnd eintraten und theils zur Abschaffung von Mißbräuchen, die besonders im Aberglauben ihren Grund hatten, theils zur Einführung zweckmäßiger Rechtsinstitute nicht wenig beytrugen. Hieraus ist es zu erklären, warum das Canonische Recht auch auf weltliche Rechtsverhältnisse (caussas seculares) einen so bedeutenden Einfluß gewonnen hat, daß es in vielen noch heut zu Tage, und sogar im Widerspruche mit dem R. R., angewendet wird. Die vornehmsten Beyspiele derselben sind folgende: 1) das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsfällen (Civil- und Criminalproceß), welches seine heutige Gestalt ausschließlich dem Canonischen Rechte verdankt, 2) Ehesachen, insofern von der Schließung oder Trennung der Ehe oder von den rein persönlichen Rechten (iuribus personalissimis) die Ehegatten die Rede ist, 3) Verjährung, 4) einige Sanctionen über Verträge, so wie 5) über das Erbrecht und 6) gewisse Rechtsmittel in Ansehung des Besitzes (actio et exceptio spolii). Da nun hiernach das Canonische Recht sich auch auf privatrechtliche Verhältnisse erstreckt, so muß es eben so wohl als Quelle des Pandektenrechts im academischen Sinne betrachtet werden.

II. Von den Quellen des Reichsrechts.

§. 84.

1) Geschriebenes Reichsrecht.

Reichsrecht ist im weitern Sinne dasjenige gemeine Recht, welches in Deutschland selbst entstanden ist, also ius commune domesticum. Hinsichtlich seiner Entstehung wird es in geschriebenes und Gewohnheitsrecht eingetheilt und das erstere bildet das Reichsrecht (die Reichsgesetze) im engern Sinne.

Das geschriebene Reichsrecht besteht aus Gesetzen, welche von den auf den Reichstagen versammelten Reichsständen abgefaßt und zu dem Zwecke promulgirt worden sind, daß das ganze deutsche Reich dadurch verbindlich würde. Diese Gesetze kamen meistens unter einer doppelten Form vor, sie waren nämlich entweder, wie besonders in der ältern Zeit, Reichsabschiede (Recessus imperii), welche am Schlusse des Reichstages als Resultate der gepflogenen Verhandlungen bekannt gemacht wurden, oder, wie vorzüglich in der neuern Zeit, Reichsschlüsse (Conclusa imperii), welche noch während des versammelten Reichstages herauskamen.

Die meisten Reichsgesetze haben Staats- und öffentliches Recht zum Gegenstande, doch beziehen sich auch mehrere derselben auf privatrechtliche Verhältnisse, wie z. B. die Notariats-Ordnung des Kaisers Maximilian I. v. J. 1512., die Reichs-Polizey-Ordnung v. J. 1577., der neueste Reichsabschied v. J. 1654.

§. 85.

2) Gewohnheitsrecht im deutschen Reiche.

Man streitet, ob ein Gewohnheitsrecht existire, welches sich über ganz Deutschland verbreite. Doch muß man allerdings ein solches statuiren, weil kein Grund vorhanden ist, an einer opinio necessitatis zu zweifeln, die in der ganzen deutschen Nation, welche zumal so reich an eigenthümlichen Institutionen war, gleichförmige Rechtshandlungen und Entscheidungen hervorgerufen habe, obwohl dieß vielleicht weniger in privatrechtlicher Hinsicht der Fall gewesen ist. Auch sind vermuthlich die meisten solcher Gewohnheitsrechte bald nach ihrer Ausbildung in geschriebenes Recht übergegangen und deshalb in ihrer ursprünglichen Gestalt nicht mehr zu erkennen. Als ein Beyspiel gemeindeutscher Rechtsgewohnheiten dürfte vielleicht die gesammte Hand (communis manus) des deutschen Lehnrechts anzuführen seyn, nach welcher sich, vor Aufnahme des Longobardischen Lehnrechts, die Lehnsfolge der Seitenverwandten ausschließlich bestimmte.

§. 86.

Heutige Anwendbarkeit des Reichsrechts.

Nach Auflösung des deutschen Reichsverbandes fiel die unmittelbar verbindende Kraft der Reichsgesetze hinweg, weil sich die Reichsstände in Souveraine verwandelten und die einzelnen deutschen Staaten hinsichtlich ihrer Gesetzgebung völlig unabhängig wurden. Demungeachtet haben die Reichsgesetze ihre subsidiarische Gültigkeit behalten, weil sie auf die Bedürfnisse der einzelnen deutschen Staaten berechnet waren und die Landesherren diesen Vortheil zu wohl einsahen, als daß sie die verbindliche Kraft derselben nicht hätten anerkennen sollen, was theils ausdrücklich, theils stillschweigend geschehen ist. Auch hat die deutsche Bundesakte die Reichsgesetze nicht aufgehoben.

Zweyter Abschnitt.

Vom Rechte im Allgemeinen.

Erstes Capitel.

Vom objectiven Rechte oder von den Gesetzen.

Erste Abtheilung.

Von der verbindlichen Kraft der Gesetze.

I. Eintheilungen derselben.

§. 87.

1) Leges cogentes et permissiuae.

Leges cogentes (Zwangsgesetze): quae vel ad agendum, vel ad omittendum compellunt. Diese werden, nach Maaßgabe ihres Begriffes, in praeceptiuas und prohibitiuas eingetheilt, jenachdem sie eine Handlung oder die Unterlassung derselben nothwendig machen. Es ist z. B. eine lex praeceptiua, kraft welcher der Vater die Erziehung seiner Kinder bestreiten muß: L. 5. §. 7. u. 14. D. *de Agnosc. et al. lib.*, eine lex prohibitiua aber, welche eine während der Ehe geschehene Veräußerung des fundus dotalis für ungültig erklärt: L. vn. §. 15. C. *de Rei vxor. act.*

Leges permissiuae (erlaubende Gesetze): quae actum, de quo quaeritur, in libero agentis arbitrio ponunt. Diese sind aber ebenfalls von doppelter Art, nämlich entweder *absolute* permissiuae, welche nicht nur die Handlung selbst, sondern auch ihre Form in die Willkühr des Handelnden stellen, oder *secundum quid* permissiuae, kraft welcher eine gewisse Handlung zwar von dem freyen Willen des Handelnden abhängt, aber nur dann gültig ist, wenn sie unter einer bestimmten Form geschah. — Diejenigen Handlungen, welche auf legibus *absolute* permissiuis beruhen,

werden actus merae facultatis genannt, z. B. das Betreten öffentlicher Wege: L. 2. D. *de Via publ. et itin.* oder wenn der Eigenthümer auf seinem Grund und Boden ein Gebäude errichtet: L. 9. C. *de Seruit.* Dagegen kommt eine lex *secundum quid* permissiua zur Anwendung bey der Errichtung eines Testamentes, welches bloß unter der gesetzlichen Form gültig ist, oder wenn Jemand eine Schenkung machen will, welche über 500 Ducaten beträgt. Denn hier würde der Schenknehmer Das, was diese Summe übersteigt, nicht fordern können, wenn nicht die Schenkung gerichtlich insinuirt worden wäre: L. 36. §. 3. C. *de Donat.*

Auf die leges *permissiuas* kann ein Jeder nach seinem Belieben gültig Verzicht leisten, dafern nur 1) dem Rechte Anderer dadurch kein Eintrag geschieht, wie dieß z. B. der Fall seyn würde, wenn der Vater eines filius impubes seiner väterlichen Gewalt entsagen wollte, und 2) die Ausübung desjenigen Rechtes, auf welches Jemand Verzicht leisten will, nicht an eine bestimmte Zeit gebunden ist, nach deren Ablauf das Recht von selbst erlischt, wie wenn man nach vier Jahren dem beneficium restitutionis in integrum entsagen wollte.

Auf die leges cogentes kann man aber niemals gültig Verzicht leisten, denn hier tritt der Grundsatz ein: ius publicum per pacta priuatorum mutari nequit. So ist z. B. die Verzichtleistung eines Minderjährigen auf seine Altersvorrechte als völlig ungültig zu betrachten.

§. 88.

2) Leges perfectae et minus quam perfectae.

Leges perfectae: quae ita aliquid praecipiunt vel vetant, vt si in contrarium actum, negotium sit nullum.

Leges minus quam perfectae; quibus neglectis negotium quidem contractum non rescinditur, sed poena paciscentibus iniungitur.

Diese beyden Begriffe lassen sich am Besten durch die Eintheilung der Ehehindernisse in impedimenta *dirimentia* (vernichtende) und *impedientia* tantum (aufschiebende) versinnlichen. Die ersteren beruhen auf legibus *perfectis*, weil durch sie sogar die schon geschlossene Ehe annullirt wird, wie z. B. die Ehe zwischen Bruder und Schwester, die letzteren hingegen auf legibus *minus quam perfectis*, weil sie zwar der einzugehenden, nicht aber der

schon geschlossenen Ehe entgegenstehen, obwohl die Ehegatten selbst mit gebührender Strafe belegt werden, z. B. wenn eine Wittwe vor Ablauf ihrer Trauerzeit wieder geheyrathet hat.

Zuweilen geschieht noch einer dritten Gattung: der leges *imperfectae* Erwähnung: quae tantum suasionem continent, nec tamen vi coërcitiua munitae sunt. Diese können natürlich nicht unter den Begriff der Gesetze gebracht werden, weil sie bloße Ermahnungen sind, deren Befolgung von der Willkühr der Staatsbürger abhängt, wie wenn dieselben auf gewisse Vorsichts-Maaßregeln bey Abschließung von Rechtsgeschäften aufmerksam gemacht werden.

§. 89.

3) Leges generales et speciales.

Leges generales: quae per totam ciuitatem valent et pro regula obseruantur.

Leges speciales: quae tantummodo vel certum districtum aut locum, vel vniuersitatem aliquam respiciunt.

Die leges generales sind die eigentlichen Landesgesetze, die speciales hingegen dreyfach: 1) Gesetze, welche nur in einem bestimmten Districte des Staates, namentlich in einer einzelnen Provinz desselben gelten: Provincialgesetze, 2) solche, welche nur für die Einwohner eines bestimmten Ortes, es mögen sich nun dieselben für immer, oder bloß für eine gewisse Zeit daselbst aufhalten, gegeben sind: Localgesetze, und 3) diejenigen, welche nur für die Mitglieder einer einzelnen vniuersitas verbindliche Kraft haben.

Vniuersitas (Gemeinde, Gemeinheit, Corporation): societas auctoritate publica in finem perpetuum congregata. — Jede Gemeinde hat das Recht, sich selbst Gesetze zu geben, welche entweder Statuten oder Observanzen sind, jenachdem sie auf ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft beruhen. Solche Gesetze, welche man auch Autonomie-Gesetze nennt, haben völlig verbindende Kraft, dafern sie nur 1) nicht im Widerspruche mit verbietenden Landesgesetzen stehen, 2) den Rechten dritter Personen keinen Eintrag thun und 3) nicht auf solche Personen erstreckt werden sollen, welche nicht Mitglieder der vniversitas sind, denn diese können zwar den Localgesetzen, niemals aber den Statuten oder Observanzen unterworfen seyn.

§. 90.

II. Von den Personen, welche durch die Gesetze verbindlich werden.

Wenn die Gesetze von der gesetzgebenden Gewalt und unter der anerkannten Form ausgehen, so sind sie für alle jener Gewalt untergebene Personen vollkommen verbindlich, mithin für die gesammten Staatsbürger, wenn sie Landesgesetze, für die Einwohner gewisser Districte oder Orte, wenn sie Provincial- oder Localgesetze, für die Mitglieder einer bestimmten Gemeinheit, wenn sie Statuten oder Observanzen sind.

Aber man streitet, ob auch der Regent an die Gesetze seines Landes gebunden sey? Diese Frage, welche, allgemein verstanden, durch den Ausspruch des R. R. princeps legibus solutus est (L. 31. D. *de Legib.*) schwieriger wird, als sie nach rechtlich-philosophischen Ansichten zu seyn scheint, muß, so weit sie in den Bereich der Pandekten gehört, unbedingt bejahet werden. Denn in allen privatrechtlichen Verhältnissen, also in allen denen, welche Mein und Dein betreffen, ist der Regent nicht als solcher, sondern nur als Privatmann zu betrachten, weil außerdem sein Vermögen dem Verkehre völlig entzogen und er selbst durch den Wegfall aller darüber einzugehender Rechtsgeschäfte außer Stande seyn würde, Nutzen davon zu ziehen.

§. 91.

III. Vom Eintritte der Gesetzeskraft.

1. Ius scriptum. Dieses kann natürlich seine verbindliche Kraft nicht eher erhalten, als bis es promulgirt worden ist. *Promulgatio*: actus, quo lex recens condita ad notitiam ciuium pervenit. Nou. 66. c. 1. pr. Diese Novellen-Stelle hat Manche zu dem Irrthume verleitet, als ob die Gesetzeskraft erst nach Ablauf zweyer Monate einträte, welche von geschehener Promulgation an zu rechnen wären. Justinian spricht aber hier bloß von gewissen Constitutionen, welche er über Testamente erlassen hatte und welche in den Provinzen, damit sich dort die Testatoren nicht mit Unkunde derselben entschuldigen möchten, erst nach der erwähnten Zeit in Gesetzeskraft treten sollten. Auch benimmt der Eingang der Stelle selbst jeden Zweifel: „Sancimus, ex illo nostras constitutiones valere, ex quo in commune factae sunt manifestae.“

Die promulgatio legis muß aber 1) clara seyn, d. h. sie muß verständlich seyn und in der Landessprache erfolgen, und 2) sufficiens, d. h. sie muß auf eine solche Art geschehen, daß es allen Staatsbürgern möglich wird, sich mit dem gegebenen Gesetze bekannt zu machen, wohin das Ablesen oder Anschlagen an Gerichtsstelle oder an öffentlichen Plätzen, besonders aber das Einrücken in Zeitungen oder eigens dazu bestimmte Blätter (Gesetzesblätter) gehört.

Die verbindliche Kraft des ius scriptum beginnt also mit dem Augenblicke der Promulgation, es müßte denn der Gesetzgeber aus besondern Rücksichten einen Aufschub bewilligen: *Vacatio legis*: tempus, intra quod vis obligatoria nouae legis suspenditur. Eine solche war schon dem R. R. nicht unbekannt, wie die oben angeführte Stelle: Nou. 66. c. 1. pr. beweist, und ist heut zu Tage sehr gewöhnlich.

2. Ius non scriptum. Bey diesem kann freylich von einer Promulgation nicht die Rede seyn, sondern hier beginnt die verbindliche Kraft, wenn es ein Gewohnheitsrecht ist, nach Ablauf der 30 Jahre, die von der ersten Handlung an zu rechnen sind, durch welche sich die opinio necessitatis ausgesprochen hat, wenn es aber eine Observanz ist, gleich mit der einzigen Handlung, durch welche dieselbe begründet wird.

Obwohl nun die wenigsten Staatsbürger mit dem Inhalte der geltenden Gesetze vertraut sind, so kann doch in der Regel von keinem die Entschuldigung angenommen werden, daß er das fragliche Gesetz nicht gekannt habe: L. 12. C. *de Iur. et fact. ignor.*

§. 92.

IV. Von der rückwirkenden Kraft der Gesetze.

Es ist eine allgemeine und wohlzubeachtende Regel: Lex trahi nequit ad facta praeterita, d. h. ein Gesetz kann nicht auf Fälle bezogen werden, welche sich vor der Promulgation desselben ereignet haben. Dieser Satz ist theils schon in der Vernunft begründet, weil Diejenigen, welche in der Staatsvereinigung irgend eine rechtliche Handlung vornehmen, dieselbe nur nach den bereits bestehenden Rechtsnormen einrichten können, theils aber auch im R. R. L. 7. C. *de Legib.* und im Canonischen: c. 2. u. vlt. X. *de Const.* — Es ist daher jedes Rechtsgeschäft hinsichtlich seiner Gültigkeit nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen, welche zur Zeit

seiner Errichtung gegolten haben, und bleibt, wenn es bereits erfüllt ist, gültig, obwohl vielleicht später ein Gesetz erscheint, welches Rechtsgeschäfte dieser Art verbietet. Sollte aber das Geschäft zu der Zeit, zu welcher ein solches verbietendes Gesetz erscheint, noch nicht erfüllt seyn, so entsteht die Frage, ob dennoch auf Erfüllung geklagt werden könne? Zu Beantwortung dieser Frage sind zwey Fälle zu unterscheiden: 1) das neue Gesetz hat die Erfüllung derartiger, schon abgeschlossener Geschäfte entweder ausdrücklich oder stillschweigend verboten. Stillschweigend ist das Verbot vorhanden, wenn es schon an sich auf dem gemeinen Wohle beruht, z. B. wenn wegen Mangels an Lebensmitteln die Getraide-Ausfuhr verboten wird. In diesem ersten Falle verliert das Geschäft seine verbindliche Kraft. 2) Es ist aus dem Gesetze ein solches Verbot nicht abzunehmen und dann wird die Klage auf Erfüllung des Geschäftes allerdings statthaft seyn.

Doch können auch Fälle vorkommen, in welchen sich der Gesetzgeber genöthigt sieht, im Widerspruche mit der aufgestellten Regel einem neuen Gesetze rückwirkende Kraft beyzulegen, wie dieß z. B. schon im alten R. R. hinsichtlich der L. Sextia Licinia vom J. 378. der Fall war und wie dieß auch aus der vielbesprochenen Verordnung Justinians: L. 23. C. *de SS. eccles.* hervorgeht.

§. 93.

V. Von Aufhebung der Gesetze.

Ein Gesetz kann entweder ganz oder zum Theile seine verbindliche Kraft verlieren: 1) wenn die Verhältnisse nicht mehr existiren, auf welche es berechnet war: lex antiquata, 2) durch Ablauf der Zeit, welche der Gesetzgeber selbst vorgeschrieben hatte, 3) durch vollständige Erfüllung des vorübergehenden Zweckes, zu welchem das Gesetz erlassen worden war, wie dieß z. B. während des Krieges, oder bey ansteckenden Krankheiten vorkommen kann und 4) durch ein späteres Gesetz: lex posterior derogat legi priori. Dieses spätere Gesetz kann entweder ein ungeschriebenes (consuetudo correctoria) oder ein geschriebenes seyn und im letztern Falle kann die Aufhebung entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, jenachdem der Gesetzgeber des frühern, aufzuhebenden Gesetzes Erwähnung thut, oder nicht. — Daß das ältere, geschriebene Recht durch ein späteres Gewohnheitsrecht aufgehoben werden könne, liegt in der Natur der Sache,

und wenn auch die Worte der L. 2. C. *Quae sit longa consuet.*: „non vsque adeo valitura, vt vincat legem" diesem Satze zu widersprechen scheinen, so ist doch unter lex hier unbezweifelt lex posterior zu verstehen und diese Interpretation auch durch c. 11. X. *de Consuet.* bestätigt worden. —

Wenn jedoch das spätere Gesetz ein allgemeines ist, so kann dadurch ein früheres specielles, welches sich ausnahmweise auf bestimmte Personen, Districte oder Ortschaften bezieht, nicht aufgehoben werden, es müßte denn der Gesetzgeber diese Aufhebung ausdrücklich erklärt haben.

Endlich ist noch zu bemerken, daß ein Gesetz seine verbindliche Kraft durch den bloßen Nichtgebrauch niemals verlieren kann, denn für das geschriebene gilt der Grundsatz: lex promulgata semper loquitur und bey dem ungeschriebenen tritt der Ablauf der gesetzlichen Zeit an die Stelle der Promulgation.

Zweyte Abtheilung.

Von der Auslegung und Anwendung der Gesetze.

I. Von der Auslegung und Critik derselben.

§. 94.

Begriff der juristischen Hermeneutik.

Die juristische Hermeneutik ist die Wissenschaft, welche sich mit der Critik und Auslegung der Rechtsquellen beschäftigt. Die Critik macht es sich zur Aufgabe, die Veränderungen aufzufinden, die mit der ursprünglichen Lesart eines Textes vorgegangen sind, und die ächte Lesart wieder herzustellen. Die Auslegung dagegen ist das Geschäft, in irgend einer Rechtsquelle denjenigen Sinn zu entdecken, welchen der Gesetzgeber hat aussprechen wollen. In einem gewissen engern Sinne unterscheidet man die Auslegung von der Erklärung und bezieht jene auf die Worte, diese auf den Stoff des Gesetzes (interpretatio grammatica et logica). — Critik und Auslegung sind aber auf das Innigste mit einander verbunden, weil die Auslegung nicht eher Nutzen bringen kann, als wenn mit Hülfe der Critik die wahre Lesart in demjenigen Texte ermittelt ist, mit welchem sich die Auslegung beschäftigen soll, und es ist die Critik für unsere gemeinrechtlichen Quellen schon deshalb unentbehrlich, weil dieselben,

besonders die Römischen, einem so entfernten Zeitalter angehören und seit ihrer Entstehung so vielfache Schicksale erfahren haben, daß Verstümmelungen des Urtextes als ganz natürlich vorauszusetzen sind.

§. 95.

Von der Critik.

Die Critik ist von doppelter Art, entweder die niedere, oder die höhere und die letztere wird auch Conjectural-Critik genannt. Die niedere Critik geht nicht über das Vorliegende hinaus, d. h. sie beschäftigt sich nur mit den verschiedenen Lesarten, welche wirklich schon vorhanden sind, und wählt nun aus wissenschaftlichen Gründen diejenige aus, welche sie für die richtigste hält. Die Conjectural-Critik hingegen hat es mit Auffindung neuer Lesarten zu thun, sie muß durch Scharfsinn etwas schaffen und tritt dann ein, wenn entweder ganze Worte oder Sätze in dem Texte fehlen, oder wenn die vorhandenen gar keinen oder einen offenbar falschen Sinn geben. Nun darf sich aber die Critik der Rechtsquellen nicht so frey bewegen, als die anderer Schriften, weil außerdem leicht eine Verletzung der gesetzgebenden Gewalt eintreten könnte, und deshalb muß man zwischen verbis legum *enunciatiuis* und *dispositiuis* unterscheiden. Bey den ersteren läuft der Critiker keine Gefahr, da dieselben nicht zur gesetzlichen Anwendung bestimmt sind, wie dieß z. B. in Hinsicht auf Definitionen und Distinctionen der Fall ist, aber bey den letzteren ist die größte Behutsamkeit erforderlich, weil dieselben wirkliche Rechtsnormen enthalten, die im Staate unmittelbar zur Anwendung kommen, und hier muß zunächst die niedere und nur im Nothfall die Conjectural-Critik zu Hülfe genommen, überhaupt aber die Regel beobachtet werden, daß die Critik nur dann statthaft ist, wenn ohne sie das Gesetz gar keinen, oder einen falschen Sinn geben würde.

§. 96.

Von der Auslegung des Rechts im eigentlichen Sinne.

1) im Allgemeinen.

Der Ausleger des Rechts hat für seinen Zweck dreyerley in's Auge zu fassen: 1) die Worte, in welchen das Gesetz abgefaßt

ist, und hierzu dient die grammatische Interpretation, welche die Critik zur Führerin hat, 2) den Grund des Gesetzes (ratio legis) und 3) den Zweck des Gesetzes (mens s. sententia legis). Mit den beyden letztern Punkten beschäftigt sich die logische Interpretation.

Ratio legis ist die Ansicht, welche den Gesetzgeber zu der von ihm ausgesprochenen Sanction bewogen hat. Von dieser ist die occasio legis zu unterscheiden, nämlich die äußere Veranlassung, welcher ein Gesetz seinen Ursprung verdankt. Nicht immer hat ein Gesetz eine occasio, aber ohne ratio ist keines denkbar.

Mens s. sententia legis ist die Ansicht des Gesetzgebers über die Wirkung, welche das Gesetz im Staate hervorbringen soll. Aus der mens legis läßt sich nicht allemal die ratio legis erkennen, denn oft ist die Absicht des Gesetzgebers vollkommen klar, ohne daß man ermitteln kann, aus welchem Grunde das Gesetz gegeben worden sey, wie dieß besonders für manche Rechtsinstitute der alten Römer und der alten Deutschen gilt.

§. 97.

2) Von dem Verhältnisse zwischen der grammatischen und logischen Interpretation.

Alle Auslegung des Rechts hat den Zweck, die sämmtlichen Fälle zu bestimmen, auf welche das auszulegende Gesetz angewendet werden kann. Hierüber sind drey Grundregeln zu merken: 1) so lange sich aus den Worten des Gesetzes der vermuthbare Sinn des Gesetzgebers folgern läßt, muß man sich mit der grammatischen Interpretation begnügen und darf sich nicht daran kehren, daß diese Worte vielleicht noch einen andern Sinn, als den wahrscheinlichen, haben könnten. 2) Wenn aber die Worte des Gesetzes dunkel und von der Art sind, daß man glauben muß, der Gesetzgeber habe mit ihnen etwas Anderes sagen wollen, als was aus dem bloßen Wortverstande hervorgeht, so ist die logische Interpretation an ihrem Platze, welche mit Hülfe der Vernunft aus dem Zusammenhange des Gesetzes die wahre Absicht des Gesetzgebers zu ermitteln sucht. Wenn aber endlich 3) der Wortsinn eines Gesetzes zwar unbezweifelt ist, jedoch aus der Verbindung, in welcher die Worte stehen, eine andere Absicht des Gesetzgebers hervorgeht, so müssen die Worte der Meynung

weichen und es muß auch hier die logische Interpretation den Vorzug vor der grammatischen erhalten: prior ac potentior est, quam vox, mens dicentis: L. 7. §. 2. D. *de Suppell. leg.*

§. 98.

3) Von der grammatischen Interpretation.

Die grammatische Interpretation wird häufig durch Abweichungen von anerkannten Sprachregeln, nämlich durch grammatische Figuren erschwert, von welchen folgende die vornehmsten sind:

1) Enallage: Verstellung der Worte oder Verwechselung des numerus, casus, tempus u. s. w., z. B. die actio distrahendis rationibus, welche nach L. 1. §. 19. D. *de Tutel. et. rat. distr.* gegen einen betrügerischen Vormund angestellt wird, sollte eigentlich heißen: actio de bonis distractis.

2) Ellipsis: Weglassung einzelner Worte. Diese bezieht sich am Häufigsten auf das Wort gratia oder caussa, z. B. in der L. 15. §. 2. D. *Ad leg. Iul. de adult.* „Si quis euitandi criminis . . . . id egit.

3) Parenthesis: Unterbrechung des Zusammenhanges durch Einschaltungen, z. B. L. 22. §. 11. D. *Mand.* Hier muß man die Worte: „nisi renunciatum sit" mit den weiter unten folgenden: „aut si redundet in eum captio" verbinden, so daß die Worte: „renunciari autem — explicandi" als Einschaltung zu betrachten sind.

4) Hysterologia: Versetzung von Worten, so daß ein Wort, welches den Anfang machen sollte, zuletzt steht. So heißt es z. B. in der L. 7. §. 8. D. *de Pact.* „non minus ex verbis, quam ex mente conuenientium aestimandum est", es sollte aber heißen: non minus ex mente, quam ex verbis.

5) Pleonasmus: unnöthige Häufung von Worten, welche denselben Sinn haben, z. B. deinde postea in der L. 15. §. 46. D. *de Iniur.*

6) Amphibolia: Gebrauch von Ausdrücken, welche in Ungewißheit lassen und die man eben sowohl für bejahende, als für verneinende halten kann. Hierher gehört die bekannte Controverse, zu welcher die Worte ne quidem in der L. 15. §. vlt. D. *de Vsufr.* Veranlassung gegeben haben. Man kann nämlich diese

Worte so deuten, als ob es zur gültigen Begründung einer Servitut von Seiten des proprietarius der Einwilligung des vsufructuarius nicht einmal bedürfe, oder auch so: als ob diese Begründung selbst dann ungültig sey, wenn der vsufructuarius einwilligte.

Um aber solche Sprach-Abweichungen zu erkennen und den richtigen Wortsinn einer Gesetzstelle aufzufassen, hat man 1) den **Urheber** derselben zu berücksichtigen, was besonders in den **Pandekten** von großer Wichtigkeit ist, wo sich die classischen Juristen durch ihre Schreibart bedeutend von einander unterscheiden, 2) die Zeit und den Ort, welche vorzüglich im Codex von Interesse sind, 3) die Person, an welche das Gesetz gerichtet ist, wodurch man die allgemeinen, kaiserlichen Constitutionen von den speciellen leicht unterscheiden kann, und 4) die occasio legis, dafern eine solche zu ermitteln ist.

§. 99.

4) Von der logischen Interpretation:

a. Existenz derselben.

Manche Juristen haben an der Zuläßigkeit und Nützlichkeit der **logischen** Interpretation zweifeln wollen und die **grammatische** für ausreichend erklärt, wie sie dieß bey Schriften anderer Gattung sey. Aber abgesehen davon, daß es sich bey Auslegung der Gesetze um deren unmittelbare Anwendung und Vollstreckung, mithin um das Wohl der sämmtlichen Staatsbürger handelt, wird jene Meynung durch das R. R. selbst widerlegt und zwar durch die L. 29. D. *de Legib.*, wo Paulus den wichtigen Unterschied zwischen facere contra legem und facere in fraudem legis aufstellt und dieß letztere erklärt: saluis *verbis* legis *sententiam* eius circumuenire. Wollte man sich also stets nur mit der **grammatischen** Interpretation begnügen und folglich nur den **Buchstaben** des Gesetzes gelten lassen, so dürfte in vielen Fällen in fraudem legis gehandelt und die Absicht des Gesetzgebers gänzlich vereitelt werden. Dieß bestätigt die L. 6. §. 1. D. *de V. S.* „verbum: *ex legibus* sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis." Auch liefern die Quellen selbst Beyspiele von logischer Auslegung der Gesetze. So sagen die **Institutionen**: **Tit. de Legit. patron. tut.** daß diese Vormundschaft durch die **zwölf Tafeln** eingeführt worden sey, zwar nicht durch die **Worte** derselben, aber: „perinde accepta est per interpretationem, ac si

verbis legis introducta esset." Da nämlich der Patron durch die zwölf Tafeln das gesetzliche Successionsrecht erhalten habe, so müsse er auch nach Vorschrift des alten Rechts gesetzlicher Vormund seyn.

§. 100.

b. Von ihren Gattungen:

α. Declaratiua.

Die interpretatio logica wird, wie bereits in der Einleitung gesagt worden ist, in declaratiuam, extensiuam und restrictiuam eingetheilt.

Die interpretatio declaratiua ist die einfachste, sie muß auch zuerst und, wenn sie ausreicht, allein angewendet werden. Sie setzt nämlich voraus, daß die Worte des Gesetzgebers alles Dasjenige besagen, was derselbe hat ausdrücken wollen, und fällt daher mit der grammatischen insofern zusammen, als der Wortsinn auch die Meynung des Gesetzgebers darthut, weshalb der Ausleger bloß seine juristischen Kenntnisse auf die Gesetzstelle anzuwenden braucht, um den Grund und den Zweck derselben zu erklären. Ein Beyspiel dürfte die L. 2. D. *de Seruitut.* seyn.

§. 101.

β. Extensiua.

Die interpretatio extensiua wird dann angewendet, wenn der Gesetzgeber erweislich mehr Fälle im Sinne gehabt hat, als in den Worten des Gesetzes enthalten sind, und diese äußert sich auf eine doppelte Weise: 1) so, daß man von dem im Gesetze selbst ausgedrückten Fällen auf andere, gleichartige schließt. So gestattet z. B. die L. 8. C. *de Reuoc. donat.* dem patronus, welcher, als er noch kinderlos war, seinem libertus eine Schenkung gemacht hatte, diese zurückzunehmen, wenn ihm noch Kinder geboren würden. Dieses Gesetz wird nun durch extensive Auslegung auch auf andere Schenknehmer bezogen, welche nicht Freygelassene sind; 2) so, daß man von den im Gesetze ausgedrückten Fällen auf die entgegengesetzten Fälle Anwendung macht, welche nicht in dem Gesetze enthalten sind, was man das argumentum a contrario nennt. Eine solche extensive Auslegung stellt z. B. Paulus in der L. 18. D. *de Testib.* auf, wo er sagt, daß Frauen-

zimmer in der Regel ein gültiges Zeugniß vor Gericht ablegen könnten, da diejenigen, welche des Ehebruchs überwiesen wären, durch die Lex Iulia de adulteriis dazu für unfähig erklärt würden.

§. 102.

γ. Restrictiua.

Diese ist die gefährlichste Art der logischen Auslegung und erfordert daher die größte Sicherheit und Vorsicht. Sie muß nämlich darthun, daß gewisse in dem Gesetze selbst ausgedrückte Fälle vom Gesetzgeber mit Unrecht aufgenommen worden sind und daher unter dem auszulegenden Gesetze nicht mit verstanden werden können. So sagt z. B. Paulus in der L. 40. pr. D. *de Heredit. petit.* es habe der Kaiser Hadrian in einer Constitution (die vermuthlich verloren gegangen ist) befohlen, daß Der, welcher die hereditatis petitio mit Wirkung angestellt hätte, alle Gegenstände in Anspruch nehmen könne, die zur Zeit der erhobenen Klage in der Erbschaft enthalten gewesen wären. Paulus findet diese Bestimmung hart und deutet den Fall an, daß Sclaven oder Hausthiere, welche mit zur Erbschaft gehört hätten, im Laufe des Processes gestorben oder gefallen wären, der Beklagte aber dafür nicht verantwortlich sey, weil ihm nicht habe zugemuthet werden können, aus Furcht vor solchen Unfällen die Erbschaft sogleich herauszugeben, ohne sein Recht vorher vertheidigt zu haben.

§. 103.

Analogia iuris.

In die Lehre von der logischen Auslegung des Rechts gehört auch die analogia iuris (Rechtsanalogie.) Diese ist die Anwendung eines Gesetzes auf gleichartige Fälle, welche in dem Gesetze darum nicht enthalten sind, weil der Gesetzgeber erweislich nicht an dieselben gedacht hat. Sie unterscheidet sich daher von der extensiven Auslegung im eigentlichen Sinne dadurch, daß bey der letztern bewiesen werden muß, es habe der Gesetzgeber an die Fälle, auf welche das Gesetz durch die Auslegung erstreckt wird, gedacht oder doch denken sollen. Die Analogie wird also dann angewendet, wenn der Grund eines Gesetzes auf einen Fall, für welchen dasselbe nicht gegeben seyn konnte, eben so paßt, als wenn das Gesetz mit darauf gerichtet worden wäre, daher der Grundsatz: vbi eadem ratio, ibi eadem dispositio legis. Solche gleichartige

Fälle werden similitudines iuris genannt und ein Beyspiel davon giebt die L. 65. §. 3. D. *Ad SC. Trebell.* Hier wird nämlich die Frage aufgestellt, ob, wenn ein heres fiduciarius die Erbschaft an einen infans zu restituiren hätte, aber dieselbe ausschlüge, der Vormund den fiduciarius zum Antritt und zur Herausgabe der Erbschaft gerichtlich anhalten könne, da doch ein infans nicht fähig sey, einzuwilligen? Diese Frage wird bejaht, weil der Vormund sowohl nach Civil- als nach Prätorischem Rechte für seinen Pflegbefohlenen gültiger Weise eine Erbschaft antreten könne, das in Frage gestellte Verhältniß aber ein gleichartiges sey. — Abgesehen von einzelnen Beyspielen, verdanken auch alle quasicontractus, quasidelicta und actiones vtiles ihren Ursprung nur der Rechtsanalogie.— Doch hüte man sich vor dem Irrthume, als ob der Analogie ein unbegrenztes Feld eröffnet sey, denn sie kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn über den in Rede stehenden Fall keine unmittelbare Entscheidung vorhanden ist.

II. Von der Anwendung der Gesetze.

§. 104.

1) Im Allgemeinen.

Die Adplicatio iuris wird nach der gewöhnlichen Lehre in doctrinalem und practicam eingetheilt, jenachdem sie bloß fingirte Fälle oder wirkliche Thatsachen zu Gegenständen hat. Diese Eintheilung läßt sich aber, genau betrachtet, nicht rechtfertigen, weil die adplicatio doctrinalis, nach dem gegebenen Begriffe, mit der logischen Auslegung der Gesetze und mit der Rechtsanalogie gänzlich zusammenfällt, und darum kann jede adplicatio iuris nur practica seyn. Diese aber äußert sich auf eine doppelte Weise, indem sie entweder vom Richter, oder von andern Rechtskundigen ausgeht. Was den Richter betrifft, so darf derselbe 1) nur dasjenige Gesetz zur Anwendung bringen, welches volle und unbezweifelte Gültigkeit hat, 2) er darf nur diejenigen Fälle in's Auge fassen, welche neuer sind, als das Gesetz selbst, 3) er muß sich vor dem Urtheile mit dem zu entscheidenden Falle in factischer Hinsicht auf das Genaueste bekannt gemacht haben, 4) er darf jedoch bey der Entscheidung nichts Anderes berücksichtigen, als was ihm von den Partheyen vorgetragen wird: quod non in actis est, non est in mundo, oder mit andern Worten: die Nachrichten, welche ihm auf irgend eine andere Weise, als durch das gericht-

liche Verfahren zugekommen sind, dürfen auf sein Urtheil schlechterdings keinen Einfluß haben, und 5) wenn das Gesetz einen Zweifel in Hinsicht auf Strenge und Milde übrig läßt, so ist stets die mildere Meynung vorzuziehen, denn die L. 192. §. 1. D. *de R. I.* sagt ausdrücklich: „in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustius est, quam tutius." Der Grund ist der, daß jedes Gesetz eine Beschränkung der natürlichen Freyheit enthält. — Wenn aber die Gesetze von andern Rechtskundigen, als vom Richter angewendet werden, so kann dieß auf eine dreyfache Weise geschehen: 1) respondendo: wenn rechtliche Gutachten über Fälle ertheilt werden, die sich wirklich zugetragen haben oder doch noch ereignen werden, 2) cavendo: wenn durch rechtliche Vorsichts-Maaßregeln (Cautelen) etwanige Nachtheile abgewendet werden, die aus einem Rechtsgeschäfte entstehen können, und 3) postulando: wenn Jemand als Sachwalter vor Gericht auftritt, um die Rechte eines Staatsbürgers zu vertheidigen. Der Sachwalter aber muß sich bemühen, dem Richter nur Dasjenige vorzutragen, was relevant ist, d. h. was zur Entscheidung der Sache beytragen kann, weil er durch Beymischung fremdartiger Gegenstände seinem Clienten in vielen Fällen großen Schaden zufügen würde. Auch dient er dem Letztern am Nützlichsten, wenn er den kürzesten Rechtsweg einschlägt.

§. 105.

2) Von der Concurrenz der Rechtsquellen in Deutschland.

Die Anwendung der Gesetze muß aber besonders in Deutschland mit Vorsicht geschehen, weil daselbst die große Mannigfaltigkeit der Rechtsquellen eine genaue Sonderung derselben nothwendig macht und man in denjenigen Fällen leicht irren kann, in welchen sich die verschiedenen Gesetzgebungen gegenseitig widersprechen. Hierüber sind drey Hauptregeln zu beobachten: 1) Ius domesticum derogat iuri peregrino. Das fremde Recht muß, weil es nur in subsidium recipirt worden ist, dem einheimischen nachstehen. 2) Ius singulare derogat iuri generali. Diese Regel bezieht sich sowohl auf den Inhalt, als auf die verbindliche Kraft der Gesetze. In Hinsicht auf den Inhalt muß das ius singulare schon deshalb dem generale vorgezogen werden, weil es für besondere, ausgezeichnete Fälle gegeben ist und meistens Ausnahmen von der Regel enthält, welche vor allen andern zu berücksichtigen sind, wie dieß z. B. von den Rechten der Minderjährigen gilt. In Bezug

auf die verbindliche Kraft ist aber anzunehmen, daß diejenigen Gesetze, welche bloß für einen bestimmten Ort oder District, oder für eine bestimmte Gemeinheit gelten, durch die besondern Bedürfnisse und Verhältnisse derselben hervorgerufen worden sind und daher sind z. B. die Statuten den Landesgesetzen vorzuziehen. 3) Lex posterior derogat legi priori. Diese anerkannte Regel leidet aber keine Anwendung auf das Verhältniß, in welchem sich das Römische und Canonische Recht zu einander befinden, denn obwohl dieses, seiner Entstehung nach, neuer ist, als jenes, so kann doch in Deutschland hierauf nichts ankommen, wo beyde Gesetzgebungen sowohl stillschweigend, als ausdrücklich ihre gesetzliche Kraft zu gleicher Zeit empfangen haben. Daher muß man bey vorkommenden Widersprüchen zwischen diesen beyden Rechtsquellen dem Gerichtsbrauche folgen, welcher bald dem Canonischen Rechte den Vorzug giebt (§. 83.), bald dem Römischen. Die vornehmsten Fälle aber, in welchen, nach dem Gerichtsbrauche, das R. R. dem Canonischen derogirt, sind: 1) Schenkungen werden bey vorkommendem Zweifel stricte interpretirt, nicht extensiue, wie es das Canonische Recht vorschreibt, 2) wenn Berechnung der Verwandtschaftsgrade bei Successionsfällen nothwendig wird, so tritt die computatio Romana, nicht Canonica ein, 3) Zinsen, welche das Canonische Recht schlechthin verbietet, sind nach dem R. R. gestattet und 4) ein an sich ungültiges Geschäft kann nach dem R. R. durch den hinzutretenden Eid nicht gültig werden, obwohl das Canonische Recht unter gewissen Voraussetzungen das Gegentheil behauptet.

§. 106.

3) Rangordnung der in Deutschland anzuwendenden Gesetze.

Nach Anleitung der aufgestellten Regeln kommen nun die in Deutschland gültigen Rechtsquellen in nachstehender Reihenfolge zur Anwendung: 1) Statuten und Observanzen, 2) Localrechte, 3) Provincialrechte, 4) Landesgesetze der einzelnen, deutschen Staaten, 5) die deutschen Reichsgesetze. Bis hierher können die Rechtsquellen sowohl geschriebene, als ungeschriebene seyn und unter diesen beyden Gattungen entscheidet die Zeit. — 6) Das Canonische, 7) das Römische, 8) das Longobardische Lehnrecht und in Ermangelung aller dieser Quellen 9) die Rechtsanalogie und 10) das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie.

Zweytes Capitel.

Vom subjectiven Rechte.

Erste Abtheilung.

Von den verschiedenen Gattungen des subjectiven Rechts.

§. 107.

1) Iura absoluta et respectiua.

Iura absoluta: quae cuique ciui aduersus omnes ceteros competunt. Diese sind die allgemeinen und angeborenen Rechte, ohne deren Beachtung kein dauerndes Beysammenleben der Menschen, am wenigsten aber eine Staatsvereinigung denkbar ist und welche auf den praeceptis iuris beruhen: honeste viue, neminem laede, suum cuique tribue!

Iura respectiua s. *relatiua*: quae specialem ponunt rationem inter certos ciues obtinentem. Hierzu ist ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen bestimmten Staatsbürgern erforderlich, dessen Existenz nicht präsumirt werden kann, sondern bewiesen werden muß, wie dieß z. B. bey den Rechten der Fall ist, welche aus einem Vertrage entspringen.

§. 108.

2) Iura perfecta et imperfecta.

Iura perfecta: quae actionem producunt.

Iura imperfecta: quae tantum ad exceptionem prosunt.

Die iura perfecta können auf dem Wege der Klage (actio) geltend gemacht werden, dahingegen die iura imperfecta keine Klage, sondern nur eine Ausflucht (exceptio) hervorbringen. Wenn nämlich Jemand ein ius imperfectum hat, so kann er dasselbe nicht anders ausüben, als wenn Der, gegen welchen es ihm zusteht, dasselbe bereits auf eine rechtsverbindliche Weise anerkannt hat, wie dieß z. B. bey den sogenannten pactis nudis der Römer vorkam: L. 7. §. 4. D. *de Pact.* Aus diesen konnte zwar nicht

auf Erfüllung geklagt werden, allein wenn der Versprechende dieselbe freywillig geleistet hatte, so war er nicht berechtigt, das Gegebene zurückzufordern und wurde, wenn er es dennoch that, vom Beklagten durch eine exceptio zurückgewiesen.

§. 109.

3) Iura praesentia et futura.

Iura praesentia: quae vt adquisita sunt, statim exerceri possunt.

Iura futura: quorum exercitium ab euentu futuro suspenditur.

Die iura futura haben das Eigenthümliche, daß sie zwar schon existiren, weil sie außerdem nicht Rechte genannt werden könnten, daß aber ihre Ausübung gegenwärtig unmöglich ist. Dieser Fall kann eintreten: 1) wenn der Gegenstand, an welchem das Recht ausgeübt werden soll, noch gar nicht vorhanden ist. So kann z. B. Jemand eine Servitut auf ein Haus erwerben, welches erst gebaut werden soll: L. 23. §. 1. D. *de Seruit. praed. vrb.* 2) wenn die Ausübung des Rechts von der Erfüllung einer Bedingung abhängt, wie dieß z. B. bey einer bedingten Erbeinsetzung der Fall ist, bey welcher der Erbe, ehe er die Bedingung erfüllt hat, wenigstens die Sicherstellung der Erbschaft verlangen kann: L. 6. D. *de Bonor. poss. sec. tab.* 3) wenn für die Wirksamkeit des Rechts der Eintritt einer bestimmten Zeit erwartet werden muß, wie beym Verkaufe von Früchten, welche noch mit Grund und Boden zusammenhängen: L. 39. §. 1. D. *de Contrah. emt.* 4) wenn das Recht nicht eher ausgeübt werden kann, als bis ein Ereigniß Statt gefunden hat, welches zwar mit keiner Bedingung in Verbindung steht, dessen Eintritt jedoch ebenfalls ungewiß war. So ist z. B. der Eigenthümer eines Hauses, welches den Einsturz droht, verbunden, dem Nachbar auf den Fall, daß diesem hieraus Nachtheil erwachsen sollte, Caution zu leisten: L. 19. §. 1. D. *de Damno inf.* und 5) wenn die Ausübung des Rechtes selbst bloß noch von der Willenserklärung des Berechtigten abhängt, wie wenn ein Erbe sich noch nicht über den Antritt einer ihm angefallenen Erbschaft erklärt hat: L. 151. D. *de V. S.*

Von dem ius *futurum* unterscheidet sich aber das ius *quiescens*: ius, cuius exercitio impedimentum temporarium obstat. Hierher gehört das Beyspiel des dominium quiescens s. naturale, welches nach R. R. der Ehefrau während der Ehe an der dos zusteht: L. 30. C. *de Iure dot.*

4) *Iura in re et ad rem.*

5) *Iura generalia et singularia.*

Diese beyden Eintheilungen der subjectiven Rechte sind bereits in der Einleitung (§. 16. 23. u. 24.) ausführlich erklärt worden aber in Bezug auf die fünfte ist noch die Lehre von Privilegien besonders zu erläutern.

Zweyte Abtheilung.

Von den Privilegien in's Besondere.

§. 110.

Eintheilungen derselben.

Die priuilegia werden eingetheilt in

1) *affirmatiua*: quae ad agendum, u. *negatiua*: quae ad omittendum prosunt. Jene berechtigen zu einer Handlung, diese zu einer Unterlassung;

2) *personalia*: quae personae, u. *realia*: quae rei concessa sunt. Jene können sowohl moralischen, als physischen Personen verliehen werden, gehen aber in der Regel nicht auf die Erben über, diese hingegen werden bestimmten Grundstücken ertheilt und von den jedesmaligen Besitzern derselben ausgeübt;

3) *gratiosa*: quae titulo lucratiuo adquiruntur, u. *onerosa*: quae non nisi pro praestatione aliqua conferuntur. Jene werden aus bloßer Gnade, diese gegen eine bestimmte Leistung verliehen, welche der Privilegirte vorzunehmen hat.

Die Eintheilung der priuilegia in fauorabilia und odiosa ist unstatthaft, da theils jedes Privilegium, seinem Begriffe nach, zu Gunsten, nicht aber zum Nachtheile des Privilegirten ertheilt werden kann, theils aber das odiosum, welches in einer willkührlichen Schmälerung der staatsbürgerlichen Rechte bestehen soll, mit der Gerechtigkeit nicht vereinbar wäre. Eben so unhaltbar ist die Eintheilung in priuilegia generalia u. specialia. Die generalia nämlich, welche auch priuilegia *in corpore iuris clausa* genannt werden, sind keine Privilegien, sondern beneficia iuris, die allen Staatsbürgern zustehen, wenn sie sich in einer bestimmten Lage befinden, wohin auch die sogenannten priuilegia *caussae* gehören, welche mit gewissen Forderungen, z. B. im Concurse, verbunden sind: L. 196. D. *de R. I.*

§. 111.

Von der Ertheilung und Auslegung der Privilegien.

Ein Privilegium kann in der Regel nur von der höchsten Staatsgewalt ausgehen: §. 6. Inst. *de Iur. nat. gent. et ciu.*, doch findet eine Ausnahme dann Statt, wenn das besondere Recht, welches eigentlich nur kraft eines Privilegiums zusteht, seit Menschengedenken ausgeübt worden ist, mithin durch die sogenannte praescriptio immemorialis (unvordenkliche Verjährung) geschützt werden kann: c. 26. X. *de V. S.*

Die Ertheilung eines Privilegiums ist aber zwey Beschränkungen unterworfen, indem sie 1) nicht in praeiudicium tertii d. h. nicht dergestalt geschehen darf, daß die früher erworbenen Rechte anderer Staatsbürger dadurch geschmälert werden, denn in diesem Falle entsteht der Begriff eines priuilegium *per subreptionem* impetratum, welches, insoweit es die Rechte eines Dritten benachtheiligt, ungültig ist: c. 22. X. *de V. S.* Auch dürfen 2) die Privilegien nicht gegen die Verfassung und allgemeine Wohlfahrt anstoßen: c. 19. X. *de Testib.*

Wenn aber die Worte, in welchen ein Privilegium abgefaßt ist, Zweifel übrig lassen, so muß die interpretatio derselben stricta seyn, d. h. es muß derjenige Sinn angenommen werden, welcher von dem bestehenden Rechte am wenigsten abweicht: L. 14. D. *de Legib.* u. c. 16. u. 17. X. *de Priuil.*

§. 112.

Rechtliche Natur und Wirkung der Privilegien.

Ueber diese sind folgende Grundsätze zu merken:

1) Das Privilegium gilt nur insoweit, als sich die Staatsgewalt erstreckt, kann also außerhalb der Grenzen des Staates nicht geltend gemacht werden.

2) Jedes Privilegium enthält zugleich ein doppeltes Prohibitiv-Gesetz für die übrigen Staatsbürger: a) daß dieselben seiner Ausübung keine Hindernisse in den Weg legen und b) daß sie, ohne ein gleiches Privilegium empfangen zu haben, sich nicht dasselbe Recht anmaaßen, weil außerdem das Privilegium seinen Nutzen verlieren würde.

3) Ein priuilegium *personale* hängt nur mit der Person des Privilegirten zusammen, kann also in der Regel weder auf dessen Erben, noch bey Lebzeiten auf einen Andern dergestalt übergetragen werden, daß nun dieser als der Privilegirte zu betrachten wäre, es müßte denn die Ertheilung selbst unter dieser Vergünstigung geschehen seyn. Wohl aber kann der Privilegirte die Ausübung seines Rechtes einem Andern gültig überlassen, dafern es die Natur desselben gestattet.

4) Wenn über das Privilegium gezweifelt wird, ob es ein personale oder reale sey, so ist das personale zu präsumiren, wie aus der strengen Interpretation der Privilegien von selbst hervorgeht.

§. 113.

Vom Erlöschen der Privilegien.

Endlich kann das Privilegium in folgenden Fällen seine rechtliche Wirkung verlieren: 1) durch den Verfluß der Zeit, wenn es nur auf eine solche ertheilt war, 2) durch den Eintritt einer resolutiven Bedingung, unter welcher es verliehen war, 3) durch den Tod des Privilegirten, wenn das priuilegium ein personale war: c. 7. *de R. I. in VI.* 4) durch Verzichtleistung von Seiten des Privilegirten: L. 29. C. *de Pact.* 5) durch den Tod des Verleihers, wenn dieser das Privilegium auf Widerruf ertheilt hatte: c. 5. *de Rescr. in VI.* — Doch wird dieß in Hinsicht auf c. 16. und c. 77. *de R. I. in VI.* noch zu bestreiten seyn, — 6) durch Wegfall derjenigen Eigenschaften, welche zur Ausübung des Privilegiums erforderlich sind: L. 4. §. 1. D. *de Muner. et hon.* 7) durch den gänzlichen Untergang der Sache, wenn das priuilegium ein reale war, 8) durch Widerruf. Dieser kann erfolgen: a) wenn der Privilegirte das ihm verliehene Recht mißbraucht: c. 7. *Dist.* LXXIV. b) wenn das Privilegium gleich ursprünglich nur ad bene placitum ertheilt war: c. 5. *de Rescr in VI.* c) wenn später eingetretene Umstände den Widerruf zum Besten des Staates nothwendig machen, weil dann der Einzelne dem Gesammtwohle weichen muß und 9) durch extinctive Verjährung von 30 Jahren, insofern die Rechte Anderer dadurch beschränkt wurden: c. 6. X. *de Priuil.*

Dritte Abtheilung.

Von Thatsachen, als Grund der Rechte.

I. Im Allgemeinen.

§. 114.

Begriff und Eintheilungen der Thatsachen.

Factum (Thatsache, Handlung): quilibet euentus, a quo iura pendent. Im Sinne des Rechts sind facta nicht bloß diejenigen Ereignisse, welche von den Menschen ausgehen, sondern auch die, welche außerhalb der menschlichen Willkühr liegen. Hiernach sind alle facta entweder Handlungen im engern Sinne, oder Begebenheiten und diese letztern werden im R. R. casus genannt: quibus resisti non potest. L. 18. pr. D. *Commod.* — Die Handlungen im engern Sinne werden wieder eingetheilt:

1) in facta *positiua*: quae in agendo, und *negatiua*: quae in omittendo consistunt. Ein factum der letztern Art ist die mora, welche z. B. einem Schuldner zugeschrieben wird, der nicht zu rechter Zeit die ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllt: L. 37. D. *Mand.* und

2) in facta *licita*: quae cum legibus congruunt, wie z. B. Verträge, und *illicita*: quae legibus aduersantur. Diese letztern werden auch delicta s. maleficia genannt und haben ebenfalls eine privatrechtliche Wirkung, indem Der, welcher durch die unerlaubte Handlung eines Andern verletzt worden ist, auf Schadenersatz klagen kann: L. 3. D. *de Priuat. del.*

§. 115.

Von den Rechts-Fictionen.

Aber die facta überhaupt, nämlich sowohl Handlungen, als Begebenheiten, werden in vera und ficta eingetheilt, jenachdem sie sich wirklich zugetragen haben, oder nicht. Zu dieser Eintheilung gab besonders der Prätor Veranlassung, welcher, um die Strenge des alten Rechts zu mildern, in gewissen Fällen das Gegentheil von Dem annahm, was wirklich existirte. Daher die im R. R. so wichtigen *Fictiones iuris:* sanctiones legum, quibus contrarium

eius ponitur, quod in veritate exstat. Diese sind aber von dreyfacher Art:

1) *Affirmatiuae*: quibus aliquid factum esse fingitur, quod factum non est. Hierher gehört z. B. die actio Publiciana in rem: §. 4. Inst. *de Actionib.* Wenn nämlich Jemand von einem Nichteigenthümer, den er aber für den Eigenthümer hielt, unter irgend einem rechtlichen Titel, (wie durch Kauf, Tausch rc.) eine Sache erworben hatte, also fähig war, dieselbe zu verjähren, aber den Besitz dieser Sache vor vollendeter Verjährung wieder verloren hat, so kann er gegen jeden dritten Besitzer, welcher nicht selbst die Fähigkeit zur Verjährung hat, die erwähnte Klage auf Herausgabe der Sache anstellen. Diese Klage gründet sich auf die vom Prätor Publicius aufgestellte Rechts-Fiction, daß die Verjährung, welche der Kläger, als er den Besitz der Sache verlor, erst begonnen hatte, bereits vollendet gewesen sey. Hier wird also das noch nicht erworbene Eigenthum als bereits erworben dargestellt und deshalb dominium fictum oder von dem Urheber dieser Fiction dominium praetorium genannt.

2) *Negatiuae*: quibus aliquid non factum esse fingitur, quod tamen factum est. Ein Beyspiel ist der angeführten §. 4. Inst. zu entnehmen. Der, welcher zum Besten des Staates abwesend war, und dessen Sache während seiner Abwesenheit Jemand verjährt hatte, kann innerhalb eines Jahres nach seiner Rückkehr die actio Publiciana rescissoria auf Herausgabe der Sache anstellen. Hier wird das factum der Verjährung, welches wirklich vorhanden war, als nicht existirend betrachtet.

3) *Translatiuae*: quae non de ipso facto, sed de rationibus et conditionibus eius versantur. Diese sind aber vierfach:

a. personales: die das factum einer andern Person zuschreiben, als welche es vorgenommen hat. Wenn z. B. Jemand, der sich in der Gewalt eines Andern befindet (ein Sohn oder Sclave), auf dessen Befehl irgend eine erlaubte oder unerlaubte Handlung vornimmt, so wird aus dieser Handlung nicht er, sondern der Befehlende verbindlich: L. 1. §. 12. D. *de Vi et de vi arm.*

b. reales: bey welchen das factum auf einen andern Gegenstand gerichtet ist, als dessen man sich dazu bedient, wie dieß vorkommt, wenn die Schlüssel statt des verschlossenen Inhaltes übergeben werden, z. B. die Schlüssel zur Scheune bey verkauftem Getraide: §. 45. Inst. *de Rer. diuis.*

c. locales: vermöge welcher ein Ort für den andern gilt. Hier dient als Beyspiel die traditio longa manu facta. Wenn nämlich der Verkäufer eines Grundstückes dem Käufer dasselbe von Weitem zeigt und dabey erklärt, daß er ihm das Grundstück übergebe, so hat dieß dieselbe Wirkung, als wenn der Käufer das Grundstück betreten und auf diese Weise in Besitz genommen hätte. L. 18. §. 2. D. *de Adquir. vel omitt. possess.*

d. temporales: bey welchen angenommen wird, daß das factum zu einer andern Zeit vorgenommen worden sey, als zu welcher es sich wirklich ereignet hat. Hierher gehört z. B. die legitimatio per subsequens matrimonium. Wenn die Aeltern unehelicher Kinder späterhin eine gültige Ehe schließen, so werden diese Kinder als eheliche betrachtet, weil die Rechtsfiction eintritt, daß die Ehe schon vor der Geburt der unehelichen Kinder eingegangen worden sey: L. 10. u. 11. C. *de Natural. lib.*

§. 116.

Von den Rechts-Präsumtionen.

Nicht selten werden aber gewisse facta als wahr angenommen, von denen man nicht bestimmt weiß, ob sie mit der Wahrheit übereinstimmen. Daher die *Praesumtiones* (Vermuthungen); coniecturae, quibus aliquid pro vero habetur, quae tamen ad certitudinem haud sufficiunt. Diese sind von doppelter Art:

1) *praesumtiones facti*: quae ex argumentis descendunt per vitam communem firmatis. Sie werden auch praesumtiones *hominis* s. *iudicis* genannt, weil sie sich auf die Erfahrung des gemeinen Lebens stützen und, da sie sich täglich neu und anders gestalten, vom Gesetze nicht umfaßt werden können, obwohl sie bey Beurtheilung von Rechtsfällen eine nicht unwichtige Stelle einnehmen. Hierher gehören z. B. bey Untersuchungen von Verbrechen diejenigen Indicien, welche nicht in dem Gesetze enthalten sind;

2) *praesumtiones iuris*: quae ipsius legis sanctione nituntur. Diese zerfallen wieder in zwey Untergattungen:

a. *simplices* s. *iuris tantum*: quibus tamdiu aliquid pro vero habetur, donec contrarium eius probetur. Hier nimmt zwar das Gesetz ein gewisses factum für wahr an, läßt aber den Beweis des Gegentheiles zu. Eine solche einfache Rechts-Präsumtion spricht sich z. B. in dem Grundsatze aus: quilibet fundus liber praesumitur. Nämlich im Zweifel wird jedes Grundstück

als frey von Servituten, Hypotheken und andern dinglichen Lasten, welche im Privatrechte vorkommen, angesehen. Wer also eine Servitut auf dem Grundstücke eines Andern behauptet, muß den Beweis derselben führen: L. 9. C. *de Seruit.*

b. *violentae* s. *iuris et de iure*: quae probationem contrarii non admittunt. Diese Präsumtionen stellt das Gesetz mit solcher Strenge auf, daß das fragliche factum gewaltsamer Weise für wahr angenommen wird, wenn auch das Gegentheil bewiesen werden könnte. Wenn z. B. ein Frauenzimmer, welches sich für Jemanden verbürgt hatte, nach Ablauf zweyer Jahre diese Bürgschaft wiederholt, so wird sie aus derselben verbindlich, wenn sie auch darthun könnte, daß sie die ihr desfalls zustehenden Rechte nicht gekannt habe: L. 22. C. *Ad SC. Vellei.* Mit diesen praesumtionibus iuris et de iure stimmen die fictiones iuris insofern überein, als auch sie den Beweis des Gegentheils völlig ausschließen, aber beyde Begriffe unterscheiden sich dadurch, daß die fictiones iuris unbedingt das Gegentheil von Dem annehmen, was in Wahrheit existirt, die praesumtiones iuris et de iure aber Dasjenige als Wahrheit aufstellen, was in den meisten Fällen auch mit der Wahrheit übereinstimmt, obwohl das Gegentheil nicht unmöglich ist.

Die Wirkung aller Präsumtionen ist nun die, daß sie als Beweismittel dienen, indem die praesumtiones facti, obwohl sie an sich keine Beweiskraft haben, doch die Führung des Beweises unterstützen. Die praesumtiones iuris aber sind an sich schon entscheidend und zwar die simplices so lange, als nicht das Gegentheil dargethan wird, die violentae hingegen vermöge kategorischer Beweiskraft, weil sie den Beweis des Gegentheiles ausschließen.

II. Von der Zeit.

§. 117.

1) Hauptfälle, in welchen sie zur Sprache kommt.

Alle facta aber, sowohl Handlungen, als Begebenheiten, sind an Zeit und Ort gebunden und haben daher auf diese, insoweit sie Rechte begründen, eine wichtige Beziehung. Was nun zuvörderst die Zeit anlangt, so ist sie im Privatrechte hinsichtlich folgender Verhältnisse von Einfluß: 1) bei gerichtlichen Handlungen und Verfügungen, z. B. bey Terminen und Fristen, 2) bey Ver-

trägen, womit der wichtige Begriff der *mora* zusammenhängt, 3) bey der Bestimmung der verschiedenen Altersstufen, welche z. B. bey Testaments-Errichtungen, Eheschließungen ꝛc. erforderlich ist und 4) bey der Erwerbung und dem Verluste gewisser Rechte, wohin namentlich die Verjährung gehört.

§. 118.

2) Von den verschiedenen Abschnitten derselben.

Unter den einzelnen Zeitabschnitten, welche Einfluß auf Rechtsverhältnisse haben, sind folgende hervorzuheben:

a. Dies. Dieser ist entweder naturalis oder ciuilis. Ersterer beginnt mit Aufgang und endigt mit Untergang der Sonne, letzterer wird von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet, so daß er in 24 Stunden abläuft, von welchen 12 auf den dies im eigentlichen Sinne und 12 auf die nox kommen: L. 8. D. *de Feriis.*

b. Mensis. Wenn von gesetzlichen Bestimmungen die Rede ist, so wird der Monat zu 30 Tagen gerechnet, so daß z. B. die in der L. 28. D. *de Aedilit. edicto* für die actio redhibitoria vorgeschriebene Verjährungszeit von zwey Monaten zu 60 Tagen gerechnet wird, wenn aber richterliche Verfügungen, z. B. Citationen, oder Rechtsgeschäfte unter Privatpersonen, z. B. Bezahlung eines Darlehnes in Frage kommen, so wird von Datum zu Datum, also dergestalt gerechnet, daß der Monat nach Befinden auch 31 Tage haben kann.

c. Annus. Dieser wird durchgängig zu 365 Tagen gerechnet, wovon auch das Schaltjahr keine Ausnahme macht, denn der dies intercalaris s. bissextus, Schalttag (24. Febr.) wird mit dem darauf folgenden für einen Tag gerechnet: L. 98. pr. D. *de V. S.*

§. 119.

3) Computatio naturalis et ciuilis.

Wenn bey rechtlichen Verhältnissen von Zeiträumen die Rede ist, zu welchen mehrere Tage oder Jahre gehören, so kann eine doppelte Berechnung derselben Statt finden:

a. *Computatio naturalis*: quae requirit, vt integrum temporis spatium praeterlapsum sit. Hier wird a momento ad

momentum gerechnet, d. h. der fragliche Zeitraum muß vollständig verflossen seyn, so daß nicht der geringste Zeittheil daran fehlt. Diese Berechnungsart macht die Regel aus und ist daher im Zweifel zu befolgen. So müssen z. B. nach R. R. die Knaben das 14te Jahr vollständig zurückgelegt haben, wenn sie von der Vormundschaft befreyt seyn wollen: pr. Inst. *Quib. mod. tut. fin.*

b. *Computatio ciuilis*: quae aut longius, aut breuius tempus admittit, quam quod praestitutum est. Hiernach kann die Civil-Computation auf eine doppelte Weise geschehen: 1) so, daß man der völlig abgeflossenen Zeit noch eine gewisse Frist hinzufügt, wie dieß nach R. R. bey gerichtlichen Vorladungen der Fall war, bey welchen z. B. Der, welcher innerhalb zweyer Monate vor Gericht erscheinen sollte, am 61sten Tage noch zeitig genug kam: L. 101. D. *de R. I.* oder 2) so, daß man die noch nicht völlig abgelaufene Zeit für bereits verflossen annimmt, und hierher gehört die Regel: dies coeptus habetur pro completo, welche sowohl bey der Verjährung Platz ergreift: L. 15. pr. D. *de Diuers. temporal. praescr.* als auch in Hinsicht auf die Fähigkeit, ein Testament zu errichten: L. 5. D. *Qui testam. fac. poss.* In beyden Fällen reicht es hin, wenn der letzte Tag, welcher zur Vollendung der vorgeschriebenen Zeit gehört, nur begonnen hat, obwohl er noch nicht abgelaufen ist. Ja, zuweilen sagt auch das R. R.: *annus* coeptus habetur pro completo. Wenn z. B. Der, welchem eine jährliche Rente vermacht worden ist, den Testator 5 Jahre und 4 Monate überlebt hat, so können die Erben des Legatars auch die Rente des sechsten Jahres verlangen: L. 5. D. *de Annuis legat.*

§. 120.

4) Tempus continuum et vtile:

a. ratione initii.

Die Begriffe des tempus continuum und tempus vtile sind aus einem doppelten Gesichtspunkte zu erklären, nämlich theils in Hinsicht auf den Anfang der fraglichen Zeit, theils in Ansehung ihres Laufes. In der erstern Beziehung ist

1) *tempus continuum*: quod statim a momento iuris adquisiti currere incipit. So läuft z. B. den Minderjährigen das quadriennium restitutionis in integrum vom Augenblicke der erlangten Volljährigkeit an: L. vlt. C. *de Temporib. in integr. rest.*

2) *tempus utile*: quod non prius currere incipit, quam a momento notitiae. Dieses fängt nicht eher zu laufen an, als bis der Berechtigte Wissenschaft von dem ihm angefallenen Befugnisse erhalten hat. Es beginnt z. B. die Zeit, innerhalb welcher der Röm. bonorum possessor sein Recht geltend machen kann, nicht eher, als bis derselbe zur Kenntniß gelangt ist, daß ihm eine Erbschaft angefallen sey: L. 2. pr. D. *Quis ordo in possess.*

§. 121.

b. Ratione cursus.

In Ansehung des Laufes ist aber

1) *tempus continuum*: cui omnes dies naturales, serie haud interrupta, imputantur. Diese Zeit läuft ununterbrochen und dergestalt fort, daß es nicht darauf ankommt, ob der Berechtigte im Stande war, sich während derselben seines Rechtes zu bedienen, oder nicht. Hierher gehört z. B. die Frist, welche für den gerichtlichen Beweis anberaumt ist: L. 3. C. *de Dilat.*

2) *tempus utile*: cui solummodo ii dies imputantur, quibus *experiundi potestas* est. In diese Zeit werden nur diejenigen Tage eingerechnet, an welchen dem Berechtigten die Ausübung seines Rechtes möglich ist. Die potestas experiundi fällt aber weg: a) wenn sich der Kläger in einer Lage befindet, in welcher er weder persönlich, noch durch einen Beauftragten seine Rechte geltend machen kann, z. B. in der Gefangenschaft, b) an den diebus nefastis, nämlich denjenigen Tagen, an welchen kein Gericht gehalten wird. Beyde Fälle werden in der L. 1. D. *de Diuers. temporal. praescr.* erwähnt, und c) so lange es in Hinsicht auf den Beklagten unmöglich ist, ihn vor Gericht zu rufen, z. B. wenn der Aufenthalt desselben unbekannt ist: L. 4. D. *eod.*

§. 122.

c. Tempus mixtum.

Nun kommt aber auch zuweilen eine gemischte Zeit vor, nämlich

1) ein tempus ratione initii *utile* kann ratione cursus ein *continuum* seyn. So fängt z. B. die Zeit von 10 Tagen, innerhalb welcher das Rechtsmittel der Appellation eingewendet werden kann, nicht eher zu laufen an, als bis dem Appellanten das

Urthel eröffnet worden ist: L. 1. §. 7. D. *Quando appell.*, läuft aber von diesem Augenblicke an ununterbrochen bis zu Ende fort: L. 1. C. *de Feriis.* und

2) ein tempus ratione initii *continuum* kann ratione cursus ein *vtile* seyn. Hiervon ist die sogenannte praescriptio dormiens ein passendes Beyspiel. Wenn nämlich Jemand eine Sache von einem Nicht-Eigenthümer, den er aber für den Eigenthümer hielt, gekauft hat, so beginnt er die Verjährung im Augenblicke der Besitzergreifung, es läuft also hier ein tempus ratione initii continuum. Wenn sich aber während seiner Verjährungszeit ein iustitium (Stillstand der Rechtspflege) ereignet, wie es z. B. bey feindlichen Einfällen vorkommt, so kann die Zeit dieses Stillstandes nicht mit in die Verjährungszeit eingerechnet werden und die letztere ist dann ein tempus ratione cursus vtile: c. 10. X. *de Praescript.*

III. Vom Orte.

§. 123.

1) Hauptfälle, in welchen derselbe zur Sprache kommt.

Der Ort ist im Privatrechte vorzüglich in folgenden Verhältnissen von Einfluß: 1) bey der Frage, welche Gesetze an irgend einem Orte zur Anwendung kommen sollen (§. 106.), 2) in Hinsicht auf den Wohnort, mithin auf den Gerichtsstand der Staatsbürger und 3) in Bezug auf Abwesenheit.

§. 124.

2) Vom Wohnorte.

Domicilium (Wohnort): locus, quo quis sedem suam posuit, animo non discedendi, si nihil auocet. L. 7. C. *de Incol.* — Dieser Begriff erfordert, daß sich Jemand an einem bestimmten Orte in der Absicht aufhalte, ihn nicht wieder zu verlassen, bis eine Aenderung des Willens oder der Verhältnisse eintritt.

Das domicilium wird aber in voluntarium u. necessarium eingetheilt:

a. *Voluntarium*: quod quisque sua sponte mutare potest. Die Wahl desselben kann entweder ausdrücklich geschehen, nämlich wenn sich Jemand das Bürgerrecht an dem fraglichen Orte ertheilen läßt: L. 1. §. 1. D. *Ad municip.* oder stillschweigend, wenn man sich an irgend einem Orte ohne besondere Erklärung

mit seinen Effecten wirklich niederläßt: L. 203. D. *de V. S.* — Degegen ist die bloße Erwerbung von Grundstücken noch nicht als eine Wahl des Wohnortes zu betrachten: L. 17. §. 13. D. *Ad municip.* — So wie man nun den freywilligen Wohnort nach Belieben wählen kann, so bleibt es auch einem Jeden unbenommen, denselben wieder aufzugeben, nur reicht zu diesem Zwecke nicht die bloße Erklärung hin, sondern es muß auch die That damit verbunden seyn: L. 20. D. *eod.*

b. *Necessarium*: quod ex arbitrio mutari nequit. Der nothwendige Wohnort tritt ein: 1) in Hinsicht auf solche öffentliche Aemter, welche die persönliche Anwesenheit ihrer Inhaber erfordern: c. 13. X. *de Praebend.* 2) zur Strafe, kraft welcher Jemand an einen bestimmten Ort verwiesen ist: L. 22. §. 3. D. *Ad municip.* 3) für die Ehefrau, welche dem Manne folgen muß: L. 65. D. *de Iudiciis*, 4) für die Kinder, welche unter väterlicher Gewalt stehen: L. 1. §. 2. D. *de Rei vind.* und 5) für diejenigen homines sui iuris, welche sich unter Vormundschaft befinden: L. 5. D. *Vbi pup. educ.* — Die Veränderung des nothwendigen Wohnortes kann natürlich nur mit Bewilligung derjenigen Personen geschehen, welche denselben vorgeschrieben haben.

Es kann aber auch vorkommen, daß Jemand ein doppeltes domicilium hat und zwar sowohl necessarium, z. B. wenn Jemand kraft seines Amtes bald an dem einen, bald an dem andern Orte eine bestimmte Zeit zubringen muß, als auch voluntarium, wenn Jemand sich an zwey Orten so einrichtet, daß er sich bald hier, bald dort aufhalten kann: L. 6. §. 2. D. *Ad municip.*

Endlich ist noch der Fall denkbar, daß Jemand gar keinen Wohnort hat, z. B. wenn er den bisherigen aufgab und noch keinen andern gewählt oder gefunden hat: L. 27. §. 2. D. *eod.*

§. 125.

3) Von der Abwesenheit.

Absentia ist im juristischen Sinne: commoratio in alio, quam domicilii loco, vel eo, quo quis iuribus suis prospicere posset. Abwesend ist Derjenige, welcher sich zu der Zeit, zu welcher er über seine Rechte wachen könnte, nicht an seinem Wohnorte, oder nicht an demjenigen Orte befindet, wo sein juristisches Inter-

esse zur Sprache kommt. Hiernach wird die absentia in ordinariam und extraordinariam eingetheilt:

a. *Absentia ordinaria* besteht in der Abwesenheit von demjenigen Orte, welcher nicht der Wohnort ist, an welchem sich also Jemand in der Regel auch nicht aufhält, an welchem er aber gewisse Rechte zu schützen hat. Dieser Begriff ist im R. R. besonders in Hinsicht auf die Verjährung der Grundstücke von Wichtigkeit. Wenn nämlich der Verjährende sein domicilium in einer andern Provinz hat, als Der, gegen welchen die Verjährung läuft, so wird die gesetzliche, zehnjährige Verjährungszeit doppelt gerechnet: L. vlt. C. *de Praescr. long. temp.*

b. *Absentia extraordinaria* ist die Abwesenheit vom Wohnorte und wird in voluntariam und necessariam getheilt, jenachdem sie auf dem freyen Willen des Abwesenden oder auf der Nothwendigkeit beruht. Aber sowohl die voluntaria, als die necessaria kann wieder dreyfach seyn:

1) laudabilis, z. B. der Studien halber: L. 28. pr. D. *Ex quib. causs. maior.* oder die Abwesenheit des Soldaten in seinem Berufe: L. vlt. C. *de Restit. milit.*

2) vituperabilis, z. B. die Abwesenheit Derer, welche sich vorsätzlicher oder leichtsinniger Weise an einem Termine versäumten: L. 2. §. 8. D. *Si quis caut.* oder Derer, welche zur Strafe des Landes verwiesen sind: L. 26. §. 1. D. *Ex quib. causs. maior.* und

3) indifferens, welche in Privat-Angelegenheiten Statt findet: L. 42. D. *eod.*

Die vorzüglichste Wirkung der absentia ist aber, wie aus den angeführten Gesetzstellen zugleich hervorgeht, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, weil der Abwesende nicht im Stande ist, seine Rechte wahrzunehmen.

Einen besondern Begriff bildet noch die sogenannte absentia *ficta*: quae praesenti, tamquam agere non valenti, adscribitur, wie dieß z. B. bey einem Wahnsinnigen vorkommt: L. 124. §. 1. D. *de R. I.*

Vierte Abtheilung.

Von den juristischen Handlungen im engern Sinne.

Erster Titel.

Erfordernisse derselben.

§. 126.

Einleitung.

Unter juristischen Handlungen im engern Sinne sind bloß solche Thatsachen zu verstehen, welche von der menschlichen Willkühr ausgehen (§. 114.), im Gegensatze der Begebenheiten. Solche Handlungen können aber nicht anders Rechte hervorbringen, also nicht anders gültig seyn, als wenn sie zwey Haupterfordernissen entsprechen: 1) der Willensfreyheit und 2) der deutlichen Willenserklärung. Die Willensfreyheit erfordert: a) daß der Handelnde überhaupt eines Willens fähig sey, b) daß er sich in der Lage befinde, seinen Willen unbeschränkt äußern zu können (freye Selbstbestimmung) und c) daß er die Handlung, welche er vornimmt, wirklich beabsichtigt habe.

I. Von der Willensfreyheit.

§. 127.

1) Willensfähigkeit.

Willensfähig ist Derjenige, welcher im Stande ist, aus vorkommenden Verhältnissen Schlüsse zu ziehen und hiernach seine Handlungen vernunftmäßig einzurichten. Daher entbehren folgende Personen die Willensfähigkeit:

1) die, welche nach rechtlichen Ansichten in **keinem** Verhältnisse Entschluß und Ueberlegung haben. Hierher gehören: a) impuberes: §. 1. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* — Von diesen sind nach R. R. Diejenigen zu unterscheiden, welche zwar minores, aber puberes sind und allerdings für willensfähig gehalten, jedoch gewissen Beschränkungen unterworfen werden: L. 7. §. 2. D. *de Minorib.* b) **Wahnsinnige**, wenn sie zu keiner Zeit des

Verstandes mächtig sind: §. 8. Inst. *de Inutil. stipul.* und c) Sterbende und Kranke, welche kein Bewußtseyn mehr haben: L. 3. C. *Qui testam. fac. poss.*

2) die, welche an einem körperlichen Gebrechen leiden, das der juristischen Handlung entgegensteht, nämlich Taube und Stumme bey mündlichen Verträgen: L. 1. D. *de Verb. oblig.* und b) Blinde bey schriftlichen Verhandlungen: L. 8. C. *Qui testam. fac. poss.*

3) die, welche sich bloß in einem vorübergehenden Zustande der Willenlosigkeit befinden, der aber gerade in die Zeit der fraglichen Handlung trifft. Hierher gehören: a) diejenigen Wahnsinnigen, welche lichte Zwischenräume haben: L. 6. C. *de Curat. furios.* b) die völlig Betrunkenen: c. 7. §. 1. C. XV. qu. 1. und c) Diejenigen, welche sich in einem Zustande besonderer Aufgeregtheit oder Leidenschaft befinden. Darum soll eine Erklärung, welche in der Hitze des Zornes gegeben wurde, nicht eher gültig seyn, als bis sie bey ruhigem Blute wiederholt wird: L. 3. D. *de Diuort.*

§. 128.

2) Von der freyen Selbstbestimmung.

a. Im Allgemeinen.

Wenn aber auch der Handelnde willensfähig ist, so kann es doch vorkommen, daß er durch äußere Umstände abgehalten wird, die Handlung nach seiner Absicht einzurichten, und solche äußere Umstände heißen *impedimenta consensus*: caussae externae, legibus notatae, quae consensui, alias valido, obstant. — Der Begriff der impedimenta kommt nicht bloß in dieser, sondern auch in andern Hauptlehren des Römischen Privatrechts vor, namentlich in der Lehre von der Ehe und von der Verjährung. Ueberall ist das Kennzeichen derselben, daß sie von außen entgegenstehen, nicht aber aus der Natur der Sache folgen, weshalb denn die Hindernisse des freyen Willens auf's Genaueste von den Gründen der Willenlosigkeit zu unterscheiden sind. Gleichwie man z. B. in der Lehre von der erwerbenden Translativ-Verjährung Demjenigen, welcher in mala fide ist, kein impedimentum praescriptionis zuschreiben kann, sondern ihn für unfähig zur Verjährung erachten muß, so findet auch beym impubes kein impedimentum consensus, sondern ein Mangel der Willensfähigkeit

Statt. Aber wie von der andern Seite die vsurpatio (die Unterbrechung der Verjährung) ein wirkliches impedimentum praescriptionis ist, so muß auch der Umstand, daß Jemand zu einer rechtlichen Handlung gezwungen worden ist, als Hinderniß der freyen Einwilligung betrachtet werden.

§. 129.

b. In's Besondere.

α. Vom Zwange.

Die impedimenta consensus sind aber dreyfach: 1) vis et metus, 2) dolus und 3) error.

Vis: necessitas externa, qua quis ad faciendum vel omittendum compellitur. Die Wirkung derselben ist

Metus: opinio non vana mali cuiusdam grauioris imminentis: L. 5. u. 6. D. *Quod metus caussa*.

Die vis wird überhaupt in iustam und iniustam eingetheilt, jenachdem sie von gesetzlich dazu berechtigten Personen, z. B. von Obrigkeiten, von dem Vater gegen seine Kinder ꝛc., oder von andern angewendet wird: L. 3. D. *eod.* und die iniusta ist entweder publica oder priuata, jenachdem sie mit oder ohne Waffen erfolgt: §. 8. Inst. *de Publ. iudic.* In der gegenwärtigen Lehre kann natürlich nur von der vis iniusta die Rede seyn.

Wenn wir aber die vis iniusta nach den verschiedenen Gestalten betrachten, unter welchen sie möglicher Weise vorkommen kann, so ist sie sechsfach: 1. vis compulsiua: welche zu Handlungen nöthigt, 2. ablatiua: die gewaltsame Wegnahme beweglicher Sachen, 3. expulsiua: Vertreibung aus dem Besitze eines Grundstücks, 4. turbatiua: Störung des Besitzes, 5. offensiua: ehrenverletzende Thätlichkeiten (Realinjurien) und 6. defensiua: Nothwehr. Von diesen sämmtlichen Gattungen des Zwanges gehört hierher nur die

Vis compulsiua: vis, qua quis ad aliquid agendum cogitur. Diese Art von Zwang kann nur in Drohungen bestehen, weil die Furcht, welche die letzteren hervorbringen, die bewegende Ursache zu der Handlung ist, die der Gezwungene vornimmt. Läßt sich also z. B. Jemand durch wirklich an ihm verübte Thätlichkeiten zu einer Handlung zwingen, so ist es doch nur die Furcht vor Wiederholung der erstern, welche ihn dazu treibt, und die

Mißhandlung daher nur als Drohung zu betrachten. Aber die Drohungen müssen auch so beschaffen seyn, daß sie einen metus iustus hervorbringen: qui merito et in hominem constantissimum cadit: L. 6. D. *Quod met. caus.* — Der Begriff der vis compulsiua fällt also weg, wenn entweder die Drohungen an sich nicht geeignet sind, einen metus iustus zu erzeugen: L. 13. C. *de Transact.* oder unter Umständen erfolgen, welche die Ausführung der Drohungen nicht wahrscheinlich machen: L. 9. pr. D. *Quod met. caus.* Eben so wenig kann der sogenannte metus reuerentialis, welchen wir gegen Personen hegen, denen wir eine besondere Ehrfurcht schuldig sind, als metus iustus betrachtet werden, wenn sich durch ihn Jemand zu Handlungen bewegen läßt, zu welchen er gesetzlich nicht gezwungen werden kann. Wenn z. B. der Sohn auf Andringen seines Vaters, jedoch ohne daß dieser wirklichen Zwang anwendete, gegen seine Neigung geheyrathet hat, so kann er aus diesem Grunde keineswegs auf Annullirung der Ehe klagen: L. 22. D. *de Divort.*

§. 130.

β. Von der Arglist.

aa. Begriff und Natur.

Dolus (Arglist) ist nach der Legaldefinition: omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita: L. 1. §. 2. D. *de Dolo malo.* Diese Definition ist aber eine Umschreibung und für den allgemeinen Begriff nicht erschöpfend. Es muß vielmehr der dolus in einem weitern und in einem engern Sinne verstanden werden:

Dolus im weitern Sinne ist: animus nocendi und in dieser Bedeutung kommt er sowohl im Criminal- als Civilrechte vor: L. 7. D. *Ad leg. Cornel. de Sicar.* In diesem weitern Sinne wird der dolus in *bonum* und *malum* eingetheilt, jenachdem er erlaubt oder unerlaubt ist. Ein dolus *bonus* kommt z. B. vor, wenn der Eigenthümer seine Sachen gegen Räuber auf eine listige Weise verborgen hält: L. 1. §. 3. *de Dolo malo.* Der dolus *malus* aber kann entweder apertus oder occultus seyn, jenachdem er sich in offener Gewaltthat oder durch Hinterlist äußert. Jener fällt mit dem bereits erklärten Begriffe der vis zusammen, der letztere aber, welcher hierher gehört, ist der dolus im engern Sinne und gleichbedeutend mit *fraus* (Betrug): dissimulatio veri-

tatis ad alterum decipiendum adhibita und hierauf allein bezieht sich die oben aufgestellte Legaldefinition.

§. 131.

bb. Rechtliche Wirkung.

In Hinsicht auf seine rechtliche Wirkung ist der dolus von doppelter Art:

1) *dolus dans caussam negotio*: sine quo adhibito negotium initum haud fuisset. Dieser dolus setzt voraus, daß der Betrogene in Hinsicht auf den wesentlichen Zweck des Geschäftes getäuscht worden sey, und hat folglich die Wirkung, daß das ganze Geschäft als nicht eingegangen betrachtet wird: L. 7. D. pr. *de Dolo malo*.

2) *dolus incidens*: qui tantummodo ad accidentalia negotii se refert. Dieser betrifft Nebensachen bey einem Geschäfte, welche Niemanden zur Abschließung desselben bestimmen können, und hat daher bloß die Wirkung, daß der Betrogene auf Schadenersatz, nicht aber auf Annullirung des Geschäftes klagen kann: L. 13. §. 4. D. *de Act. emt. et vend.*

Ohne Einfluß auf die rechtliche Wirkung ist aber die Eintheilung des dolus in dolum ex persona s. ex proposito und dolum ex re:

1) *dolus ex persona*: quem quis in ipso negotio contrahendo adhibet. Dieser findet gleich anfangs bey Abschließung eines Geschäftes Statt, ist also eine vorbedachte Hinterlist der handelnden Person, z. B. wenn Jemand einen Sklaven, den er vergiftet hat, an einen Andern verkauft: L. 7. §. 3. *de Dolo malo*.

2) *dolus ex re*: qui ad negotium iamiam contractum ex post facto accedit. Ein solcher kommt z. B. vor, wenn ein Gläubiger für ein Darlehn schon im Voraus Zinsen für eine bestimmte Zeit empfangen hat, aber noch vor Ablauf dieser Zeit das Capital einklagt: L. 2. §. 6. D. *de Doli mali et met. except.* — Doch bringen beyde Gattungen des dolus die nämliche Wirkung hervor: L. 7. §. 11. D. *de Pact.*

Wenn nun der dolus als impedimentum consensus betrachtet werden soll, so wird vorausgesetzt: 1) daß Der, welcher den dolus anwendete, einen Andern über die wahre Beschaffenheit des Ge-

schäftes täuschte, 2) daß dieser Andere den ihm gespielten Betrug nicht sogleich durchschauen konnte: L. 43. §. 1. D. *de Contrah. emt.* und 3) daß durch den dolus dem Betrogenen ein wirklicher Nachtheil erwachsen ist.

§. 132.

γ. Vom Irrthume.

aa. Error iuris.

Error s. *ignorantia*: falsa opinio, quam quis de negotio aliquo suscepit. Vom error wird zwar die ignorantia in gewissen Verhältnissen unterschieden, so daß der error eine fehlerhafte Vorstellung, die ignorantia ein Mangel aller Vorstellungen hinsichtlich eines gewissen Gegenstandes ist, aber beyde Begriffe bringen in der Lehre von den impedimentis consensus dieselbe Wirkung hervor und sind daher im gegenwärtigen Zusammenhange als synonym zu betrachten.

Der error ist aber entweder iuris oder facti, jenachdem er in der Unkunde des Gesetzes oder einer Thatsache besteht. Ueber den erstern gilt die Regel: error iuris cuique nocet: L. 9. pr. D. *de Iur. et facti ignor.* Dieß ist so zu verstehen, daß sich Niemand auf die Unkenntniß des Gesetzes berufen dürfe, wenn er sich in irgend einem Rechtsverhältnisse verletzt glaubt. Diese Regel läßt sich nun im Privatrechte auf zwey Hauptfälle anwenden, in welchen der error iuris Niemandem zu Statten kommt:

1) wenn sich Jemand einen Gewinn entgehen läßt, den er, von dem bestehenden Rechte besser unterrichtet, hätte erlangen können, z. B. wenn der nächste Intestaterbe, der seine Verwandtschaft mit dem Testator kennt, nicht weiß, daß, den Rechten gemäß, die Erbschaft ihm gebühre: L. 1. §. 1. D. *eod.* oder: wenn Der, welcher eine Sache iusto titulo von einem Nichteigenthümer erworben hatte, nicht weiß, daß er ermächtigt gewesen ist, dieselbe zu verjähren: L. 32. §. 1. *de Vsurpat.*

2) wenn Jemand aus Unbekanntschaft mit dem Gesetze eine Verbindlichkeit erfüllte, zu deren Erfüllung er nicht verbunden war. Hierher gehört z. B. ein Erbe, welcher die Legate, mit denen er gesetzwidrig beschwert war, unverkürzt auszahlte, ohne die quarta Falcidia abzuziehen: L. vlt. in fin. D. *de Iur. et facti ignor.*

7*

§. 133.

Ausnahmen.

Aber von der jetzt erklärten Regel: error iuris cuique nocet, giebt es sowohl objective, als subjective Ausnahmen, in welchen man sich allerdings auf den error iuris berufen kann.

1) Objective Ausnahmen, in welchen der Rechtsirrthum allen Staatsbürgern ohne Unterschied zu Statten kommt, sind:

a. wenn es der betreffenden Person unmöglich gewesen ist, sich in dem vorkommenden Falle über das geltende Recht belehren zu lassen: arg. L. 9. §. 3. D. *de Iur. et facti ignor.* und

b. wenn es sich bloß darum handelt, einen rechtlichen Nachtheil von sich abzuwenden, nicht aber, einen Gewinn zu machen. Daher heißt es in der L. 8. D. *eod.* „omnibus iuris error in damnis rei suae amittendae non nocet." Wenn z. B. Jemand dem Andern aus unerlaubtem Spiele etwas schuldig geworden ist und, in der Meynung, der Gewinnende habe wirklich ein Recht darauf, diese vermeyntliche Schuld bezahlt hat, so kann er das Bezahlte zurückfordern: L. 3. C. *de Aleatorib.*

2) Subjective Ausnahmen sind bloß zu Gunsten gewisser Classen von Staatsbürgern eingeführt. Hierher gehören:

a. Minderjährige in allen Verhältnissen des Privatrechts: L. 9. pr. D. *de Iur. et facti ignor.* sie müßten denn arglistiger Weise sich für volljährig ausgegeben und hierdurch den Andern zur Abschließung eines Geschäftes bewogen haben: L. 2. C. Si minor se mai.

b. Frauenzimmer: α. wenn sie auf Befehl der Mutter ein zu ihren Gunsten ausgesetztes Vermächtniß niedergeschrieben: L. 15. §. 5. D. *de Lege Cornel. de fals.* β. wenn sie beym Fiscus gegen sich selbst Anzeige gemacht: L. 2. §. vlt. D. *de Iure fisci* γ) wenn sie nothwendige Urkunden aus Rechtsirrthum nicht herausgegeben: L. 1. §. vlt. D. *de Edendo* und δ. wenn sie sich für irgend Jemanden verbürgt haben: L. 8. §. 1. D. *Qui satisdare cog.*

c. Soldaten: L. 1. C. *de Iur. et facti ignor.* und in's Besondere: L. 5. C. *de His, qui sibi adscripser. in test.* und

d. Die, welche wegen Unbildung und vernachlässigter Erziehung unter dem allgemeinen Namen: rustici begriffen werden. Hierher gehören theils die hinsichtlich der Frauenzimmer unter α. und β. bereits erwähnten, theils noch folgende zwey Fälle: γ. wenn

sie einer gerichtlichen Vorladung nicht Folge geleistet: L. 2. §. 1. D. *Si quis in ius voc.* und δ. wenn sie sich über den Antritt einer ihnen deferirten Erbschaft nicht zu rechter Zeit erklärt haben: L. 8. C. *Qui admitti ad bonor. poss.*

§. 134.

bb. Error facti.

Der error facti, welcher sich nicht auf das Gesetz, sondern auf Thatsachen bezieht, kann nur dann als impedimentum consensus betrachtet werden, wenn er *inuincibilis* ist: qui, omni diligentia adhibita, euitari non potuisset: L. 9. §. 2. D. *de Iur. et facti ignor.* Daher kann der error *vincibilis*, welcher mit leichter Mühe hätte vermieden werden können, und welcher in den Quellen ignorantia supina heißt, Niemandem zu Statten kommen: L. 6. D. *eod.* Aber eben deshalb nimmt das Gesetz einen error inuincibilis in der Regel nur hinsichtlich der facta *aliena* und nicht in Bezug auf facta *propria* an: L. 5. in fin. D. *Pro suo*, obwohl es einige Ausnahmen giebt, in welchen man sich auf die ignorantia facti proprii berufen kann:

1) wenn Der, welcher sich im Irrthume über seine eigene Handlung befindet, bloß den für ihn daraus entspringenden Nachtheil abwenden will, ohne einen Dritten zu beeinträchtigen. So kann z. B. A. welcher dem B. eine gewisse Summe schuldig war, jedoch in der Meynung stand, daß er sie dem C. schuldig wäre, die Zahlung, die er dem Letztern geleistet hat, von diesem zurückfordern: L. 22. D. *de Condict. indeb.*

2) wenn die Handlung so beschaffen ist, daß ein Irrthum leicht vorkommen kann, z. B. ein Rechnungsfehler: L. 47. §. 1. D. *de Pact.* und

3) wenn seit der fraglichen Handlung schon eine zu lange Zeit verflossen ist, als daß man sich ihrer noch deutlich erinnern könnte: arg. L. 44. pr. u. §. 2. in fin. D. *de Adquir. vel amitt. poss.*

Was aber die facta *aliena* betrifft, so ist in Hinsicht auf die Wirkung, welche der Irrthum hervorbringt, zwischen error *substantialis* und *accidentalis* zu unterscheiden. Jener betrifft den eigentlichen Zweck des Geschäftes und macht, gleich dem dolus dans caussam negotio, dasselbe null und nichtig, wie wenn der Käufer sein Absehn auf einen andern Gegenstand gerichtet hatte,

als welchen der Verkäufer meynte: L. 9. pr. D. *de Contrah. emt.* Der error accidentalis aber ist, wie der dolus incidens, nur auf Nebenumstände zu beziehen und es kann daher wegen desselben nicht auf Annullirung des Geschäftes, sondern nur auf Schadenersatz geklagt werden. Wenn z. B. der verkaufte Gegenstand einen verborgenen Fehler gehabt hatte, der dem Verkäufer selbst unbekannt gewesen war, so kann der Käufer in der Regel nur auf Verminderung des Preises klagen, nicht aber die Aufhebung des Geschäftes verlangen: L. 13. pr. D. *de Act. emt. et vend.*

§. 135.

2) Von der ernstlichen Willensmeynung.

Eine Handlung kann nur dann als eine juristische betrachtet werden, wenn Der, welcher sie vornimmt, sie auch wirklich und ernstlich beabsichtigt. Ist es also bewiesen, daß die Handlung bloß zum Scherze vorgenommen wurde, so ist dieselbe vollkommen ungültig: L. 3. in fin. D. *de Oblig. et act.* und derselbe Fall tritt auch dann ein, wenn die Handelnden eine rechtliche Wirkung gar nicht beabsichtigten, sondern vielleicht nur einen Dritten auf eine erlaubte Weise täuschen wollten: L. 55. D. *de Contrah. emt.*

Hiervon sind aber diejenigen Scheingeschäfte zu unterscheiden, welchen allerdings eine ernstliche Willensmeynung zu Grunde liegt, welche aber in die Form anderer Geschäfte eingekleidet werden. Solche Scheingeschäfte beruhen stets auf einer Simulatio. Dieses Wort kommt in einer weitern und in einer engern Bedeutung vor. In der weitern bezeichnet es jede Verheimlichung oder Verunstaltung der Wahrheit, aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke sie auch geschehen möge und hier umfaßt sie zugleich den dolus, in der engern aber, welche hierher gehört, ist sie: occultatio veritatis ab vtraque parte conspirante ad leges circumueniendas adhibita. Dieser Begriff unterscheidet sich vom dolus dadurch, daß der letztere gegen Denjenigen gerichtet wird, mit welchem man ein Geschäft abschließt, die simulatio aber den Zweck hat, die Gesetze zu umgehen: L. 66. D. *de Iure dot.*

Ueber die rechtliche Wirkung der simulatio gilt der Grundsatz: plus valet, quod agitur, quam quod simulatur, d. h. es ist auf den Zweck zu sehen, welchen die Paciscenten bey Abschließung

ihres Geschäftes im Auge hatten, nicht aber auf die Form, unter welcher sie es eingiengen: Tit. C. *Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur*. Darum kann das durch Simulation fingirte Geschäft niemals als gültig betrachtet werden, in Hinsicht auf dasjenige Geschäft aber, welches wirklich beabsichtigt wurde, ist zu unterscheiden, ob es gegen verbietende Gesetze anstößt, oder nicht. Im erstern Falle, z. B. wenn die Ehefrau ihrem Manne unter der Form des Kaufes etwas schenkt, ist das Geschäft ungültig: L. 38. D. *de Contrah. emt.*, in letzterem hingegen, z. B. wenn derselbe Contrakt zwischen andern Personen Statt findet, zu Recht beständig: L. 9. C. *eod.*

II. Von der Willenserklärung.

§. 136.

1) Consensus verus.

Zu einer juristischen Handlung reicht die bloße Absicht keinesweges hin, sondern es muß sich dieselbe auf eine solche Art geäußert haben, daß man auf die Existenz derselben schließen kann. So heißt es in der L. 53. in fin. D. *de V. S.* „nec consilium habuisse noceat, nisi et factum sequutum fuerit." Darum erfordert jede juristische Handlung einen *Consensus*: declaratio voluntatis (Willenserklärung).

Der consensus kann aber von doppelter Art seyn, entweder verus oder praesumtus und der *verus* ist: qui verbis vel factis declaratur. Dieser wird wieder in expressum und tacitum eingetheilt.

Consensus expressus: qui aut verbis, aut factis, quae vim verborum continent, se exserit. Dieser kann also theils durch Worte, entweder mündliche oder schriftliche: L. 38. D. *de Oblig. et act.* theils durch Handlungen erklärt werden, welche die Stelle der Worte vertreten, wie z. B. das Nicken die Bejahung anzeigt: L. 21. pr. D. *de Legat. III.*

Consensus tacitus: qui e factis a verborum potestate alienis ita colligitur, vt de eo dubitari nequeat. Die stillschweigende Willenserklärung setzt Handlungen voraus, welche zwar nicht geeignet sind, die Stelle der Worte zu vertreten, aber schlechterdings keine andere Deutung, als die der erfolgten Einwilligung zulassen. Solche Handlungen können von doppelter Art seyn:

1) affirmative, z. B. wenn der Gläubiger vom Schuldner im Voraus Zinsen auf eine bestimmte Zeit angenommen hat, so ist dieß als ein Versprechen zu betrachten, daß er während jener Zeit das Capital nicht zurückfordern wolle: L. 57. pr. D. *de Pact.*

2) negative, z. B. wenn ein Miterbe die gesammten Grundstücke, welche in der Erbschaft befindlich sind, verkauft, die übrigen Miterben aber diesem Verkaufe beywohnen und dazu schweigen, so sind die Letztern aus dem Kaufe verbindlich: L. 12. D. *de Euict.*

Demungeachtet ist aus dem bloßen Schweigen nicht immer auf Einwilligung zu schließen, denn die L. 142. D. *de R. I.* sagt: „qui tacet, non vtique fatetur." So reicht es z. B. zur rechtlichen Gültigkeit des mandatum (Auftrags-Contraktes) keinesweges hin, wenn der Beauftragte bloß geschwiegen hat: L. 8. §. 1. D. *de Procuratorib.*

§. 137.

2) Consensus praesumtus.

Consensus praesumtus: de quo, quia tantum ex praesumtione deriuatur, non firmiter constat. Dieser unterscheidet sich vom consensus tacitus dadurch, daß letzterer wirklich vorhanden ist, der praesumtus aber, weil er bloß vermuthet wird, die Möglichkeit des Gegentheils nicht ausschließt.

Die praesumtiones aber, auf welchen ein solcher consensus beruht, können entweder praesumtiones *hominis* oder *iuris* und die letztern entweder *simplices* oder *violentae* seyn.

Die praesumtio hominis stellt den Consens noch keinesweges als existirend dar, sondern Der, welcher sich darauf beruft, muß denselben noch auf andere Weise darthun, so daß hier die Präsumtion dem Beweise bloß zu Hülfe kommt. Ist aber die Vermuthung eine praesumtio iuris, so ist sie entweder eine simplex und dann wird die Einwilligung allerdings als existirend betrachtet, jedoch darf Der, dessen Consens präsumirt wird, den Beweis führen, daß er nicht eingewilligt habe: L. 33. §. 2. D. *de Legat. III.* oder eine praesumtio violenta s. iuris et de iure und in diesem Falle wird Der, dessen Consens man präsumirt, nicht einmal zum Beweise des Gegentheiles zugelassen, wie dieß bey allen sogenannten Quasicontrakten der Fall ist. So kann z. B. ein impubes

nicht einwilligen. Demungeachtet wird die Einwilligung desselben präsumirt, daß er seinen Vormund wegen aller Nachtheile schadlos halten wolle, welche dieser bey Verwaltung der Vormundschaft erfahren möchte: §. 2. Inst. *de Oblig. quae quasi ex contr.* und wird nach erlangter Pubertät keineswegs zu dem Beweise gelassen, daß er in jene Verbindlichkeit nicht eingewilligt habe. Dieß hat viele Juristen verleitet, die auf solche Art präsumirte Einwilligung einen consensus *fictus* zu nennen, welcher Ausdruck aber sich auf keine Weise rechtfertigen läßt, weil die Fiction stets das Gegentheil von Dem annimmt, was in Wahrheit existirt, die präsumtive Einwilligung bey den Quasicontrakten aber in den meisten Fällen mit der Wahrheit übereinstimmt.

§. 138.

3) Ratihabitio.

Der consensus verus kann aber zu drey verschiedenen Zeitpunkten erklärt werden:

1) vor der fraglichen Handlung, so daß er derselben zur Grundlage dient, z. B. wenn bey Abschließung eines Kaufes die Contrahenten, ehe die Sache übergeben und der Kaufpreis bezahlt wird, ihre Einwilligung in die Bedingungen des Geschäftes ertheilen,

2) gleichzeitig mit der Handlung selbst, wie dieß z. B. bey einem Tausche mit Sachen geschieht, welche den Tauschenden gleich zur Hand sind, und

3) nach der bereits erfolgten Handlung. In diesem letztern Falle heißt die Willenserklärung

Ratihabitio (Genehmhaltung, Genehmigung im engern Sinne): consensus, quo quis negotium ab initio infirmum ex post facto validum declarat. Die Wirkung derselben ist eine Fiction, nämlich daß das fragliche Geschäft bereits zur Zeit seiner Abschließung gegolten habe: L. 25. C. *de Donat. inter vir. et ux.*

Gegenstände der ratihabitio können seyn:

1) sowohl eigene Handlungen, z. B. wenn ein Frauenzimmer die von ihr eingegangene Bürgschaft nach Verlauf von zwey Jahren wiederholt hat: L. 22. C. *Ad SC. Vellei.* als fremde, z. B. wenn ein filiusfamilias ein Darlehn aufgenommen, der Vater desselben aber später zu diesem Geschäfte seine Einwilligung ertheilt hat: L. 7. pr. C. *Ad SC. Maced.*

2) sowohl **erlaubte**, als **unerlaubte** Handlungen. In Hinsicht auf die letztern sagt L. 152. §. 2. D. *de R. I.* „in maleficio ratihabitio mandato comparatur." Wenn z. B. Jemand zu meinem Vortheile einen Andern mit Gewalt aus dem Besitze eines Grundstücks gesetzt hat und ich späterhin diese Handlung billige, so wird rechtlich angenommen, daß ich sie selbst begangen habe: L. 1. §. 14. D. *de Vi et de vi arm.*

Die ratihabitio selbst kann entweder **ausdrücklich** oder **stillschweigend** erfolgen und das Letztere findet z. B. Statt, wenn ein Ehegatte dem andern eine Schenkung gemacht, diese aber bis zu seinem Tode nicht widerrufen hat: L. 25. C. *de Donat. inter vir. et ux.*

Es giebt aber auch ausgenommene Fälle, in welchen die ratihabitio keine rechtliche Wirkung hervorbringt:

1) wenn das Geschäft, auf welches sie gerichtet wurde, von den Gesetzen **absolut** verboten ist, wie z. B. eine Spielschuld: L. 3. C. *de Aleatorib.*

2) wenn die für die Ausübung eines Rechtes festgesetzte Zeit schon abgelaufen war. Wenn z. B. ein bonorum possessor, für welchen ein Anderer ohne Vollmacht die Antritts-Erklärung gethan hatte, diese Handlung erst nach 100 Tagen gut heißt, so kommt die ratihabitio zu spät: L. 24. pr. D. *Ratam rem haberi*;

3) wenn das Geschäft selbst zur Zeit der Ratihabition bereits vollständig beendigt ist. Es hat sich z. B. Jemand für einen Abwesenden verbürgt und aus dieser Bürgschaft bereits Zahlung geleistet. Wenn nun Der, für welchen dieß geschehen ist, späterhin die Ratihabition hinzufügt, so kann er doch von dem Bürgen nicht ex mandato, sondern nur ex negotiis gestis belangt werden: L. 20. §. 1. D. *Mand.* und

4) wenn einer Handlung eine bestimmte **Form** vorgeschrieben war, diese aber unterlassen worden ist, so kann die hinzutretende Ratihabition keine **rückwirkende** Kraft haben. Wenn z. B. ein pupillus ohne die auctoritas seines Vormundes eine Verpflichtung übernommen hatte, so kann das Geschäft erst von dem Augenblicke an rechtliche Wirkung äußern, in welchem die Genehmigung des Vormundes hinzugetreten ist: L. 9. §. 5. D. *de Auct. tut.*

Zweyter Titel.

Von Rechtsgeschäften.

§. 139.

I. Begriff und Eintheilungen.

Negotium (Rechtsgeschäft): quilibet actus legibus consentaneus, qui iuris aut constituendi, aut immutandi aut tollendi gratia suscipitur. Die Rechtsgeschäfte werden eingetheilt:

1) hinsichtlich der Gesetze, auf welchen sie beruhen: in negotia *iuris gentium*, welche bey allen Völkern im gewöhnlichen Verkehre vorkommen, wie z. B. der Tauschcontrakt, und *iuris ciuilis*, welche in den eigenthümlichen Instituten des R. R. begründet waren, z. B. die Acceptilation, durch welche eine stipulatio aufgehoben und welcher weder eine Bedingung, noch eine Zeitbestimmung hinzugefügt werden konnte: L. 4. u. 5. D. *de Acceptilat.*

2) in Bezug auf die Zeit, zu welcher sie ihre Gültigkeit erhalten: in negotia *inter viuos* (unter Lebenden), bey welchen keine Rücksicht auf den Tod der einen oder der andern Person genommen wird, wie z. B. ein Kaufcontrakt, und *mortis caussa* (auf den Todesfall), welche nicht eher eine rechtliche Wirkung äußern können, als bis die handelnde Person mit Tode abgegangen ist, wohin alle letzte Willen gehören. Diese können daher auch bis zum Tode in jedem Augenblicke widerrufen werden: L. 4. D. *de Adim. vel transfer. legat.*

3) nach dem Zwecke, welchen sie beabsichtigen: in negotia *lucratiua*, bey welchen Der, zu dessen Gunsten sie eingegangen werden, zu keiner Gegenleistung verbunden ist, z. B. Schenkungen, und *onerosa*, deren rechtliche Existenz von einer Leistung abhängt, wie der Tausch- oder Pachtcontrakt, endlich

4) in Ansehung der Personen, von welchen das Geschäft abgeschlossen wird: in negotia *vnilateralia*, bey welchen nur eine Person als handelnd auftritt, wie z. B. die Errichtung eines Testamentes, und *bilateralia*, bey welchen zwey oder mehrere Personen zur Bewerkstelligung des Geschäftes gehören, wie dieß bey allen Verträgen der Fall ist.

II. Erfordernisse.

§. 140.

1) Allgemeine.

Die Erfordernisse der Rechtsgeschäfte zerfallen in allgemeine, welche sich aus dem Begriffe der Rechtsgeschäfte ergeben und daher bey allen Arten derselben ohne Unterschied vorausgesetzt werden müssen, und besondere, welche auf ausdrücklichen Sanctionen des positiven Rechts beruhen und nach Beschaffenheit der verschiedenen Rechtsgeschäfte verschieden sind.

Was nun zuvörderst die allgemeinen Erfordernisse anlangt, so ist bey jedem Rechtsgeschäfte dreyerley zu berücksichtigen:

1) die Subjecte, nämlich die Personen, welche dabey als handelnd auftreten. Diese müssen

a. rechtsfähig: L. 8. §. 1. u. 2. D. *Qui test. fac. poss.*

b. willensfähig: L. 2. C. *de Contrah. emt.* und

c. dispositionsfähig seyn, d. h. es dürfen ihnen im Augenblicke des einzugehenden Geschäftes keine impedimenta consensus entgegenstehen, wie dieß z. B. bey eintretendem Zwange der Fall seyn würde: L. 1. D. *Quod met. caus.*

2) das Object, nämlich die Sache oder Handlung, auf welche das Rechtsgeschäft gerichtet wird. Die Sache muß in commercio: L. 34. §. 1. D. *de Contrah. emt.* die Handlung aber eine erlaubte seyn: L. 5. §. 2. D. *de Praescr. verb.* und

3) die ernstliche und deutliche Willenserklärung (§. 136—138). Eine deutliche Willenserklärung ist selbst dann vorhanden, wenn Der, welcher sie abgiebt, eine falsche Beschreibung hinzufügt, dafern sich nur seine Absicht klar ergiebt. Daher der Grundsatz: falsa demonstratio non nocet. Wenn z. B. ein Testator sagt: „ich vermache mein Haus, welches mir Titius geschenkt hat, dem Sempronius", so gilt das Legat, wenn es sich auch herausstellt, daß der Testator das fragliche Haus vom Titius nicht geschenkt bekommen, sondern gekauft hat: L. 17. pr. D. *de Conditionib.*

§. 141.

2) Besondere.

Es giebt viele Rechtsgeschäfte, welche, obwohl sie den allgemeinen Erfordernissen vollständig entsprechen, dennoch nicht anders Gültigkeit haben, als wenn sie unter einer von den Gesetzen vorgeschriebenen Form eingegangen worden sind. Diese gesetzliche Form kann nach den verschiedenen Rechtsverhältnissen sehr mannigfaltig seyn:

1) Anwendung bestimmter von den Gesetzen vorgeschriebener Worte oder Formeln. Diese kamen zwar am Häufigsten bey den alten Römern und namentlich in Bezug auf Stipulationen vor: pr. u. §. 1. Inst. *de Verbor. oblig.* sind aber auch dem heutigen Rechte nicht unbekannt, wie dieß die Wechselstrenge beweist, welche nicht anders eintreten kann, als wenn in dem betreffenden Schuld-Documente das Wort Wechsel ausgedrückt ist,

2) die Gegenwart von Zeugen, wie bey Privat-Testamenten: L. 21. C. *de Testam.*

3) die Zuziehung eines Notars, wie bey Erhebung von Wechsel-Protesten,

4) die schriftliche Abfassung, z. B. wenn ein Taubstummer ein Testament errichtet: L. 10. C. *Qui test. fac. poss.*

5) die landesherrliche Einwilligung, deren z. B. die Arrogation bedarf: L. 2. pr. D. *de Adoptionib.* und

6) die obrigkeitliche Bestätigung, z. B. der Vormünder: Reichs-Polizey-Ordnung vom J. 1577. Tit. XXXIII. §. 2. u. 3.

III. Bestandtheile.

§. 142.

Eintheilung derselben.

Ein Rechtsgeschäft kann dreyerley Bestandtheile haben:

1) *essentialia* s. *substantialia* (wesentliche oder nothwendige Bestandtheile): quae ex ipsa notione alicuius negotii procedunt.

2) *naturalia* (natürliche oder präsumtive): quae quidem

a negotio abesse possunt, sed ex legum dispositione praesumuntur und

3) *accidentalia* (zufällige oder Nebenbestimmungen): quae praeter notionem atque naturam negotii paciscentium auctoritate accedunt.

Die Bestandtheile eines Rechtsgeschäftes unterscheiden sich von den Erfordernissen desselben, wie das Concrete von dem Abstracten. Nämlich in Ansehung der Bestandtheile wird das Geschäft betrachtet, wie es wirklich eingegangen worden ist, hinsichtlich der Erfordernisse aber handelt es sich nicht darum, wie sich das Geschäft gestalten könne, sondern wie es sich nothwendig gestalten müsse, wenn es den Gesetzen genügen solle. Hieraus geht hervor, daß die Erfordernisse eines Rechtsgeschäftes mit den wesentlichen Bestandtheilen desselben zusammenfallen.

Die essentialia und naturalia lassen sich nur bey Gelegenheit der Geschäfte selbst erklären, die accidentalia aber, welche in der Regel bey allen Geschäften vorkommen können und deshalb eine allgemeine Darstellung gestatten, sind: 1) Conditio (Bedingung) 2) Dies (Zeitbestimmung) 3) Modus (Zweck) und 4) Geschäftsclauseln.

§. 143.

1) Conditiones:

a. Begriff und Erfordernisse.

Das Wort conditio kommt in einem weitern und in einem engern Sinne vor. Im weitern ist es gleichbedeutend mit accidentale negotii, bezeichnet also jeden Umstand, der zu einem bereits rechtlich bestimmten Begriffe von außen hinzutritt, im engern Sinne aber ist

Conditio: dispositio, qua vis negotii citra eius naturam ab euentu futuro suspenditur. Unter einer Bedingung ist also jedes zukünftige Ereigniß zu verstehen, von welchem die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes abhängig gemacht wird.

Wenn aber eine Bedingung rechtliche Wirkung haben soll, so wird erfordert:

1) daß das Rechtsgeschäft, welchem sie hinzugefügt wird, an und für sich gültig sey. Hier tritt die bekannte Rechtsregel ein: accessorium sequitur suum principale;

2) daß die Bedingung nicht ein wesentlicher oder natürlicher Bestandtheil des Rechtsgeschäftes sey, oder, mit andern Worten: daß sie sich nicht von selbst verstehe, sondern nur willkührlich von den handelnden Personen festgesetzt werde: L. 9. §. 1. D. *de Nouat.*

3) daß das Ereigniß, auf welches die Bedingung gestellt wird, ein zukünftiges sey: L. 39. D. *de Reb. cred.* und

4) daß es zur Zeit des vorgenommenen Rechtsgeschäftes noch ungewiß sey, ob das fragliche Ereigniß eintreten werde: §. 4. Inst. *de Verb. oblig.* und hierdurch unterscheidet sich die conditio vom dies.

Aus diesen Erfordernissen ergiebt sich von selbst, daß die conditiones weder tacitae, noch in praesens vel praeteritum tempus collatae seyn können.

Conditiones tacitae sind nämlich diejenigen, welche sich von selbst verstehen, also schon im Gesetze enthalten sind. Wenn z. B. ein Testator seine Descendenten dergestalt zu Erben einsetzt, daß sie verbunden seyn sollen, nach ihrem Tode die Erbschaft einer dritten, nicht zu den Descendenten gehörigen Person zu hinterlassen, so ist, nach Vorschrift des Gesetzes, diese Verbindlichkeit nur dann zu Recht beständig, wenn die zu Erben eingesetzten Descendenten, ohne Kinder hinterlassen zu haben, mit Tode abgegangen sind: L. 102. D. *de Conditionib. et demonstr.*

Conditiones in praesens vel praeteritum tempus collatae werden auch praeposterae genannt und sind solche, von welchen schon zur Zeit des eingegangenen Geschäftes die Gewißheit (wenn auch nicht von Seiten der Paciscenten) vorhanden ist, daß sie erfüllt oder nicht erfüllt sind. So sagt z. B. Jemand: „unser Kauf soll geschlossen seyn, wenn mein Schiff Vorgestern im Hafen eingelaufen ist", oder: „wenn Titius im gegenwärtigen Augenblicke noch lebt". — In beyden Fällen sind die Rechte der handelnden Personen schon jetzt bestimmt, aber nichts ist auf die Zukunft gestellt. Das Geschäft selbst ist daher schon zur Zeit der Abschließung gültig oder ungültig: §. 6. Inst. *de Verbor. oblig.*

Endlich sind noch drey Kunstausdrücke zu erwähnen: conditio *pendet*: es ist noch ungewiß, ob die Bedingung in Erfüllung gehen wird; *exsistit*: sie ist in Erfüllung gegangen, und *deficit*: es ist gewiß, daß sie nicht in Erfüllung geht.

§. 144.

b. Eintheilungen:

1) in affirmatiuas und negatiuas:

Affirmatiuae: quae in eo consistunt, vt aliquid fiat: L. 8. pr. in fin. D. *de Condit. instit.* z. B. wenn ein Testator sein Haus dem Titius unter der Bedingung vermacht, daß er die Tullia heyrathe.

Negatiuae: quae in eo versantur, vt aliquid non fiat: L. 67. D. *de Condit. et demonstr.* z. B. wenn Jemandem eine Summe Geldes unter der Bedingung vermacht wird, daß er einen bestimmten Sklaven nicht frey lasse;

2) in suspensiuas und resolutiuas:

Suspensiuae: quibus exsistentibus negotium fit perfectum.

Resolutiuae: quibus exsistentibus negotium rescinditur.

Ueber diese Eintheilung giebt die L. 2. D. *de In diem addict.* das beste Beyspiel. Wenn nämlich einem Kaufcontrakte das pactum addictionis in diem beygefügt wird, so kann dasselbe eingegangen werden

a. unter einer suspensiven Bedingung: „unser Kauf soll nicht eher für abgeschlossen gelten, als wenn sich innerhalb acht Tagen kein besserer Käufer gemeldet hat",

b. unter einer resolutiven Bedingung: „unser Kauf ist geschlossen. Sollte sich aber innerhalb acht Tagen ein besserer Käufer finden, so wird der Kauf wieder aufgelöst."

Dieser Unterschied ist hinsichtlich seiner Wirkung sehr wichtig, denn in dem letztern Falle wird der Käufer zur Verjährung der gekauften Sache fähig und kann auf die Früchte derselben Anspruch machen, muß aber auch den casus tragen: §. 1. der angef. Stelle;

3) in potestatiuas, casuales und mixtas:

Potestatiuae; quarum implementum a solo alicuius arbitrio pendet: L. 28. D. *de Condit. instit.* z. B. die Bedingung der Reise an einen bestimmten Ort,

Casuales: quarum implementum a casu fortuito suspenditur: L. 4. C. *de Inst. et subst.* z. B. wenn ich Jemandem eine Summe Geldes auf den Fall verspreche, daß sein Haus abbrenne,

Mixtae: quae partim in hominis arbitrio, partim in casu fortuito sunt positae: L. vn. §. 7. D. *de Caduc. toll.* z. B. wenn

ich Jemandem dasselbe Versprechen, aber unter der Bedingung gebe, daß er das abgebrannte Haus innerhalb eines Jahres wieder aufbaue,

4) in possibiles und impossibiles:

Possibiles: quarum implementum de facto et iure cogitari potest.

Impossibiles: quae impleri vel de facto, vel de iure non possunt.

Nach Maaßgabe dieser Definition sind die conditiones impossibiles von einer doppelten Art:

a. solche, deren Erfüllung von Natur (de facto) unmöglich ist, z. B. die Bedingung, daß Jemand den Himmel mit seinem Finger berühren solle: §. 11. Inst. *de Inutil. stipulat.*

b. solche, deren Erfüllung zwar de facto möglich, aber de iure unerlaubt ist. Hierher gehören:

α. Bedingungen, welche gegen verbietende Gesetze anstoßen, z. B. daß Jemand eine heilige, mithin dem Verkehre entzogene Sache veräußern solle: L. 137. §. 6. D. *de Verbor. oblig.*

β. die, welche eine Verletzung der moralischen Pflichten enthalten, z. B. daß Jemand seinen Vater nicht aus der feindlichen Gefangenschaft befreyen solle: L. 9. D. *de Condit. instit.*

γ. die, welche auf einen Mißbrauch heiliger Handlungen gerichtet sind, wie z. B. daß Jemand einen Eid leisten solle: L. 8. pr. D. *eod.* und

δ. die, welche eine allzugroße Beschränkung der persönlichen Freyheit nach sich ziehen, z. B. daß Jemand die Grenze eines gewissen Bezirkes niemals überschreiten solle: L. 71. §. 2. D. *de Condit. et demonstr.* Endlich:

5) in simplices und alternatiuas:

Simplices: quae tantummodo ab vno euentu pendent.

Alternatiuae: quae in alterum alterumue euentum diriguntur: L. 78. §. 1. D. *de Condit.* et *demonstr.* z. B. ich schenke Dir mein Haus, wenn ich entweder das große Loos gewinne, oder Erbe des Titius werde.

§. 145.

c. Rechtliche Wirkung.

Bey unmöglichen Bedingungen ist zu unterscheiden, ob dieselben affirmativ oder negativ sind. Im erstern Falle fragt sich's wieder, ob die Bedingung einem letzten Willen, oder einem Vertrage hinzugefügt war? Bey einem letzten Willen wird sie pro non scripta gehalten: §. 10. Inst. *de Heredib. inst.*, nämlich Der, zu dessen Gunsten der letzte Wille errichtet worden ist, bekommt die Erbschaft oder das Vermächtniß dennoch und zwar eben so, als wenn keine Bedingung hinzugefügt worden wäre: L. 14. D. *de Condit. instit.*, bey einem Vertrage aber hat sie die Wirkung, daß der Vertrag selbst durch sie ungültig wird: L. 7. D. *de Verbor. oblig.* — Wenn aber die unmögliche Bedingung eine negative ist, so hat sie weder bey letzten Willen, noch in der Regel bey Verträgen eine rechtliche Wirkung, sondern wird pro non adiecta gehalten, dergestalt, daß das fragliche Geschäft ganz ohne Rücksicht auf die Bedingung als gültig zu betrachten ist. Auch kommt es hier nicht darauf an, ob die Bedingung de facto unmöglich sey, wie wenn ich Jemandem unter der Bedingung etwas schenke oder vermache, daß er nicht in den Himmel fliege: L. 7. *cit.* oder de iure, z. B. wenn ich dasselbe unter der Bedingung thue, daß Jemand seinen Vater nicht aus der Gefangenschaft befreye: L. 9. D. *de Condit. inst.* — Doch kommen auch Ausnahmen vor, in welchen eine negative Bedingung, welche de iure unmöglich ist, zwar bey letztwilligen Verfügungen ohne rechtliche Wirkung bleibt, bey Verträgen aber gültig ist, wie z. B. das prätorische pactum de *iureiurando*, durch welches die streitenden Partheyen die Entscheidung ihrer Angelegenheit von der Leistung eines Eides abhängig machen: L. 1. D. *de Iureiur.* — Endlich sind diejenigen Handlungen, welche unter einer conditio *perplexa*, d. h. einer solchen vorgenommen werden, aus der sich keine klare Willensmeynung ergiebt, als völlig ungültig zu betrachten, z. B. folgende Erbeinsetzung: „wenn Titius mein Erbe wird, soll Seius mein Erbe seyn und wenn Seius mein Erbe wird, soll Titius mein Erbe seyn: L. 16. D. *eod.* Dagegen wird es bey der sogenannten conditio *difficilis* (der schwierigen, oder relativ unmöglichen Bedingung) auf den concreten Fall und das Ermessen des Richters

ankommen: L. 63. §. 7. D. *Ad SC. Trebell.* und L. 4. §. 1. D. *de Statu lib.*

§. 146.

d. Erfüllung.

So lange eine Bedingung schwebt (conditio pendet), dürfen Diejenigen, deren Rechte von dem Eintritte oder Nichteintritte der Bedingung abhängen, dem Zwecke der letztern nicht zuwider handeln: L. 161. D. *de R. I.* Wenn mir z. B. Jemand meine Bibliothek unter der Bedingung abgekauft hat, daß er vom Titius einen Platz eingeräumt bekomme, wo er sie aufstellen könne, Letzterer auch dazu erbötig ist, so kann ich den Käufer, wenn er keine Anstalt zur Erfüllung trifft, aus dem Kaufcontrakte verklagen: L. 50. D. *de Contrah. emt.*

Ist aber die Bedingung eingetreten (conditio exsistit), so hat dieß bey der conditio *suspensiua* die Wirkung, daß nun das Geschäft als wirklich abgeschlossen betrachtet und eine Klage daraus angestellt werden kann, bey der conditio *resolutiua* hingegen, daß das Geschäft, welches bereits gegolten hatte, wieder aufgelöst wird: L. 2. D. *de In diem addict.*

Wenn endlich die Bedingung nicht eingetreten ist (conditio deficit), so wird bey der conditio *suspensiua* das Geschäft für niemals eingegangen erachtet, bey der *resolutiua* aber wird es unwiderruflich gültig: L. 37. in fin. D. *de Contrah. emt.* u. L. 21. in fin. D. *de Solut.*

Anlangend die Art und Weise der Erfüllung, so muß dieselbe 1) im Geiste Desjenigen geschehen, welcher dieselbe vorgeschrieben hatte: L. 51. §. 1. D. *de Legat. II.* 2) zur bestimmten Zeit, wenn eine solche festgesetzt war: L. 41. §. 12. *de Fideic. lib.* 3) von derjenigen Person selbst, welcher die Bedingung vorgeschrieben ist: L. 31. D. *de Solut.* 4) für die Person, auf deren Vortheil die Bedingung gerichtet ist: L. 44. pr. D. *de Condit. et demonstr.* 5) Wenn aber die conditio eine alternatiua ist, so reicht es hin, wenn nur eine von zwey oder mehreren Handlungen geleistet wird: L. 78. §. 1. D. *eod.*

Es giebt jedoch auch Fälle, in welchen eine nicht erfüllte Bedingung als erfüllt angesehen wird: 1) wenn der Gegner Dessen, welcher die Bedingung zu erfüllen hat, den Eintritt der letztern selbst verhindert: L. 81. §. 1. D. *eod.* und 2) wenn die

Erfüllung einer conditio potestativa späterhin durch einen Zufall unmöglich gemacht wird: L. 8. §. 7. D. *de Condit. instit.*

§. 147.

2) Dies.

Dies s. *terminus* (Zeitbestimmung): tempus vel adquirendo vel exercendo iuri praestitutum. Der dies wird eingetheilt:

1) in certum und incertum.

Ein dies kann incertus seyn, wenn es ungewiß ist: a. ob und wann, b. ob, und c. wann er eintreten werde. Bey letzten Willen kommt der Begriff des dies incertus in allen drey Fällen mit dem der conditio völlig überein: L. 75. D. *de Condit. et demonstr.*, bey Verträgen hingegen findet diese Begriffs-Gleichheit nur in den beyden ersten Fällen Statt: L. 17. *de Condict. indeb.*

2) in diem cedentem und venientem: L. 213. D. *de V. S.*

Dies cedens: tempus, quo ius aliquod adquiritur.

Dies veniens: tempus, quo ius adquisitum exerceri potest.

Nicht immer kann man das Recht, welches man erworben hat, gleich in dem Augenblicke der Erwerbung ausüben. Wenn z. B. Jemandem ein Haus vermacht wird, jedoch dergestalt, daß er dasselbe erst nach Ablauf eines Jahres, von des Testators Tode an gerechnet, erhalten solle, so erwirbt zwar der Legatar das Recht auf das Haus in dem Augenblicke, in welchem der Testator stirbt: dies legati cedit, aber er kann dieses Recht erst nach Ablauf eines Jahres ausüben: dies legati venit: L. 21. pr. D. *Quando dies legat.*

Aber auch für die Ausübung eines Rechtes kann es wieder verschiedene Zeitbestimmungen geben und daher die Eintheilung

3) in diem s. terminum a quo u. diem s. terminum ad quem: §. 2. Inst. *de Verbor. oblig.* u. L. 44. §. 1. D. *de Oblig. et act.*

Dies s. *terminus a quo*: tempus, inde a quo ius aliquod adquisitum exerceri potest.

Dies s. *terminus ad quem*: tempus, quo praeterlapso, ius adquisitum non amplius exerceri potest.

So kann das pactum de retrovendendo, durch welches der Verkäufer einer Sache sich das Recht vorbehält, dieselbe binnen einer gewissen Zeit wieder einzulösen, unter beyden Zeitbestim-

mungen eingegangen werden. Die Contrahenten können nämlich z. B. festsetzen, daß das Wiedereinlösungsrecht von dem Verkäufer nicht eher, als nach Ablauf dreyer Monate, von übergebener Sache an gerechnet, solle ausgeübt werden können und dieß ist ein terminus a quo, daß ihm aber dann die Ausübung dieses Rechtes wiederum nicht länger, als während der Zeit von drey Monaten frey stehen solle und dieß ist der terminus ad quem, nach dessen Eintritte das vorbehaltene Recht des Verkäufers wegfällt.

§. 148.

3. Modus.

Modus (Zweck): finis, in quem negotium peragitur, disertis verbis expressus. Modus ist der Zweck eines Rechtsgeschäftes, dessen Erreichung einer dabey concurrirenden Person zur Pflicht gemacht wird: L. 17. §. vlt. D. *de Condit.* et *demonstr.* Der modus, welcher sowohl bey negotiis mortis caussa, als inter viuos und im letztern Falle nicht nur bey gratiosis, sondern auch bey onerosis vorkommen kann, ist zwar der conditio sehr ähnlich, unterscheidet sich aber von derselben dadurch, daß 1) das Hauptgeschäft, welchem er beygefügt wird, ein unbedingtes (negotium purum) bleibt, und daß daher 2) der modus nicht eher erfüllt werden kann oder doch nicht eher erfüllt zu werden braucht, als bis das Hauptgeschäft erfüllt ist: L. 80. D. *de Condit. et demonstr.* Ob aber ein modus oder eine conditio vorhanden sey, muß freylich aus den Worten des Rechtsgeschäftes gefolgert werden, so daß das Wort vt (damit, zu dem Zwecke u. dgl.) auf einen modus, das Wort si (wenn, auf den Fall, daß u. dgl.) auf eine conditio schließen läßt, im Zweifel aber der modus präsumirt wird: L. 17. §. 2. D. *de Manumiss. test.* Der Unterschied zwischen modus und conditio zeigt sich unter andern beym Legate. Wenn z. B. Jemandem eine Summe Geldes mit den Worten vermacht wird: „wenn er die beabsichtigte Reise nach Rom wirklich ausführe", so ist dieß ein legatum *conditionatum* und hier kann der Legatar die ihm vermachte Summe nicht eher verlangen, als nach Beendigung seiner Reise: L. 5. §. 2. D. *Quando dies legat.* — Wenn dagegen jenes Legat mit den Worten errichtet wird: „damit er die erwähnte Reise in's Werk setzen könne", so ist dieß ein legatum *sub modo* relictum und hier kann der Legatar die fragliche Summe vor Antritt seiner Reise verlangen: arg.

L. 71. pr. D. *de Condit.* et *demonstr.* Aber aus dieser Gesetzstelle geht zugleich hervor, daß Der, welcher zur Erfüllung des modus irgend etwas empfangen hat, zu einer Cautionsleistung nur dann verbunden ist, wenn die Erfüllung des modus im Interesse Dessen, der ihn vorschrieb, oder eines Dritten liegt (modus *qualificatus*), keinesweges aber, wenn bloß der Empfänger selbst dabey betheiligt ist (modus *simplex*) und darum kann auch im letztern Falle weder auf Erfüllung des modus, noch, bey Nichterfüllung desselben, auf Zurückgabe der empfangenen Sache geklagt werden: L. 13. §. 2. D. *de Donat. int. vir. et ux.* — Sollte aber die Erfüllung des modus durch einen Zufall verhindert werden, so nimmt ihn das Gesetz für erfüllt an: L. 1. C. *de His, quae sub modo leg.*

Wenn endlich zu einem Geschäfte, welches sub modo eingegangen wird, auch noch eine Bedingung tritt, so entsteht der Begriff des modus *mixtus*, bey welchem von Erfüllung nicht eher, als nach eingetretener Bedingung, die Rede seyn kann, z. B. auf den Fall, daß Du in dieser Stadt Bürger wirst, schenke ich Dir meinen Garten, damit Du Dir darin ein Haus bauen kannst.

§. 149.

4) Geschäftsclauseln.

Clausulae: verba in doctrina et praxi recepta, quae alicui negotio maioris certitudinis gratia adiiciuntur. Diese können vornehmlich folgende Zwecke haben:

1) die Aufrechterhaltung eines Geschäftes, welches außerdem ungültig seyn würde. Solche clausulae werden *confirmatoriae* genannt und ein Beyspiel derselben ist die clausula *codicillaris*, durch welche ein Testator sein Testament, wenn dieses nicht als solches gelten könne, für einen codicillus, nämlich einen minder feyerlichen, letzten Willen erklärt: L. 29. §. 1. D. *Qui test. fac. poss.*

2) die Bewahrung gewisser Rechte: clausulae *securitatis*, z. B. die, wodurch das constitutum possessorium festgesetzt wird, durch welches sich der Verkäufer eines Grundstückes den Besitz desselben noch auf eine bestimmte Zeit vorbehält: L. 18. D. *de Adquir. vel amitt. poss.*

3) die Verzichtleistung auf gewisse Rechte: clausulae *renunciatoriae*, z. B. wenn Jemand bey einem Kaufe den Rechts-

mitteln entsagt, welche wegen der laesio enormis (Verletzung über die Hälfte) gebraucht werden können: arg. L. 3. C. *de Pact.*

4) die Aufhebung eines Rechtsgeschäftes für einen gewissen Fall: clausulae *derogatoriae* s. *cassatoriae*, z. B. wenn ein Verkäufer die Bedingung stellt, daß, wenn der Käufer zur festgesetzten Zeit nicht zahle, der Contrakt wieder aufgelöst seyn solle, was man auch lex commissoria nennt: L. 2. D. *de Lege commissor.*

5) die Form oder Feyerlichkeit einer Handlung: clausulae *sollemnitatis*, wie z. B. der Eingang und das Ende richterlicher Urtheile. Endlich giebt es auch noch

6) überflüssige Clauseln, welche überhaupt keine juristische Wirkung haben. Ein Beyspiel enthält: L. vlt. C. *de Donat.*

IV. Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

§. 150.

1) Negotium nullum.

Ungültig ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches keine rechtliche Wirkung äußern kann. Dieser Zustand eines Geschäftes ist nun entweder gleich bey dessen Entstehung vorhanden gewesen: negotium *nullum* (nichtiges Geschäft), oder erst später durch eine von außen hinzutretende Ursache herbeygeführt worden: negotium rescissum (aufgehobenes Geschäft).

Negotium nullum: quod statim ab initio non valet, quoniam essentiali quodam caret. Ein solches Geschäft wird, weil ihm ein wesentlicher Bestandtheil mangelt, im Sinne des Rechts für gar nicht eingegangen erachtet, kann also zu keiner Zeit eine juristische Wirkung hervorbringen. So ist z. B. ein negotium nullum dasjenige, welches mit einem Wahnsinnigen abgeschlossen wird, weil dieser dem wesentlichen Erfordernisse der Willensfähigkeit nicht entspricht: §. 8. Inst. *de Inutil. stipul.*

Die Nullität kann aber auch von der Art seyn, daß ein Geschäft von ihr nur theilweise betroffen wird, so daß der übrige Theil desselben bey Kräften bleibt. Daher die Eintheilung in negotia *absolute* und *respective* nulla. Zu der letztern Gattung gehört z. B. eine Schenkung, welche über 500 Ducaten beträgt und nicht gerichtlich insinuirt worden ist. Hier tritt nämlich der Grundsatz ein: vtile per inutile non debet vitiari: L. 1. §. 5. D. *de Verb. oblig.* Die Schenkung ist also ungültig, insofern

sie die erwähnte Summe übersteigt, bis zum Belaufe derselben aber gültig: L. 36. §. vlt. *de Donat.*

§. 151.

2) Negotium rescissum.

Negotium rescissum: quod ab initio quidem valuit, sed ex post facto propter caussas extrinsecus accedentes vi sua destituitur. Solche äußere Ursachen, wegen welcher eine rescissio negotii Statt finden kann, lassen sich überhaupt auf drey Classen zurückführen:

1) wenn die Aufhebung des Rechtsgeschäftes von der Willkühr eines Einzelnen ausgeht, wie z. B. die Zurücknahme eines Testamentes (testamentum ruptum): §. 1. u. 2. Inst. *Quib. mod. test. infirm.*

2) wenn das Geschäft ohne Zuthun der betheiligten Personen seine rechtliche Wirkung verliert, z. B. durch Eintritt einer conditio resolutiua casualis (§. 144. 2.) und

3) wenn das Geschäft zwar nach strengem Rechte gültig ist, aber wegen einer iusta caussa restitutionis in integrum wieder aufgelöst wird, z. B. wegen Abwesenheit: L. 1. §. 1. D. *In quib. caus. maior.*

§. 152.

Gemeinschaftliche Grundsätze.

Endlich sind noch für alle ungültige Geschäfte, sie mögen nulla oder rescissa seyn, zwey Grundsätze zu merken: 1) wenn das Geschäft selbst ungültig ist, so können auch die demselben beygefügten Nebenbestimmungen (Bedingungen u. dgl.) keine rechtliche Wirkung äußern: negotium accessorium sequitur suum principale. Vgl. L. 178. D. *de R. I.* und 2) wenn das Geschäft zur Zeit, als es begründet wurde, ungültig war, so kann es in der Regel durch späterhin eintretende Umstände nicht gültig werden: quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis conualescere. Vgl. L. 29. D. *eod.* Hierher gehört besonders die regula Catoniana, kraft welcher ein Vermächtniß, welches ungültig gewesen wäre, wenn der Testator gleich nach dessen Errichtung mit Tode abgegangen wäre, niemals gelten soll, zu welcher Zeit und in welcher Lage auch der Testator nachher gestorben ist: L. 1. pr. D.

de Reg. Cat. — Von diesem zweyten Grundsatze giebt es aber auch Ausnahmen, welche eine Convalescenz begründen, d. h. in welchen Rechtsgeschäfte, die anfangs ungültig waren, späterhin gültig werden: a. im Falle der Ratihabition (§. 138.), b. wenn bedingte Rechtsgeschäfte, welche ohne Bedingung ungültig seyn würden, durch den Eintritt der Bedingung gültig werden, z. B. wenn ein Testator die Säulen, auf welchen sein Haus ruht, Jemandem auf den Fall vermacht, daß dieselben nicht mehr mit seinem Hause zusammen hiengen: L. 41. §. 2. D. *de Legat. 1.* und c. wenn die von dem Prätor aufgestellte Regel Platz ergreift: cessante caussa cessat effectus, z. B. wenn ein suus heres im Testamente übergangen, aber noch vor dem Testator verstorben ist, so erhält der Prätor das Testament aufrecht: L. 2. pr. D. *de Bon. poss. sec. tab.*

§. 153.

Von der Kraft des versprechenden Eides.

Eine andere, wichtige Frage aber ist die, ob Geschäfte, welche an sich ungültig sind, durch den hinzutretenden Eid gültig werden? Diese Frage ist nach R. R. unzweifelhaft zu verneinen: L. 7. §. 16. D. *de Pact.* Der Eid begründet daher nach R. R. keine neue Verbindlichkeit, sondern er bestärkt bloß die übernommene und hieraus geht von selbst die Regel hervor: iusiurandum sequitur naturam negotii, d. h. der Eid steht und fällt mit dem Geschäfte. Aber allerdings kennt das R. R. auch Ausnahmen von dieser Regel:

1) ein Verbalcontrakt, welcher nach dem ältern R. R. überhaupt nur dann galt, wenn er mittelst Eides bestärkt war, nämlich das Versprechen eines Freygelassenen, daß er nach seiner Manumission die häuslichen Dienste fortsetzen wolle, die er seinem Freylasser als Sclave geleistet hatte. Vgl. auch L. 7. D. *de Oper. libert.*

2) wenn ein Minderjähriger als Käufer aufgetreten war und geschworen hatte, daß er sich in Hinsicht auf dieses Geschäft nicht auf seine Altersvorrechte berufen wolle: L. 1. C. *Si aduers. vend.* Dieses Gesetz wurde aber

3) vom Kaiser Friedrich I. auf alle Contrakte ausgedehnt, welche ein Minderjähriger über Gegenstände seines Vermögens

abgeschlossen und durch den Eid bekräftigt hat: Auth. Frid. *Sacram. pub.* C. *eod.*

Nun aber enthält das Canonische Recht zwey päpstliche Decretalen, aus welchen manche Rechtslehrer, wegen der gleichlautenden Schlußworte dieser beyden Gesetze, eine dem R. R. entgegenstehende Regel folgern wollen, nämlich

1) c. 28. X. *de Iureiur.* Hier sagt Innocenz III., daß die Veräußerung eines fundus dotalis gültig sey, wenn sie von der Ehefrau mittelst Eides bekräftigt worden wäre, und

2) c. 2. *de Pact. in VI.*, wo Bonifaz VIII. dieselbe bestätigende Wirkung demjenigen Eide ertheilt, mit welchem eine Tochter, die sich verheyrathet und von ihrem Vater eine Mitgift empfängt, das Versprechen bestärkt, keinen Anspruch an den einstigen Nachlaß ihres Vaters machen, sondern sich mit ihrer Aussteuer begnügen zu wollen.

Beyde Gesetze schließen mit den Worten: „quum huiusmodi iuramenta non vergant in dispendium salutis aeternae, nec in alterius praeiudicium redundent." Man streitet nun, ob diese Worte als ratio legis zu betrachten und ob mithin die erwähnten Decretalen auf alle gleichartige Fälle anzuwenden wären? Einer solchen extensiven Auslegung steht aber

1) das c. 6. X. *de Iureiur.* entgegen. Hier heißt es, daß ein Schuldner, welcher seinem Gläubiger Zinsen (die nach Canonischem Rechte schlechthin verboten sind) eidlich versprochen habe, zur Bezahlung derselben allerdings verbunden sey, weil die Heiligkeit des geleisteten Eides dieselbe gebiete, daß aber der Gläubiger durch kirchliche Zwangsmittel angehalten werden solle, die empfangenen Zinsen wieder herauszugeben.

Wenn nun nach Canonischem Rechte alle ungültige Geschäfte, welche weder den Nachtheil eines Dritten, noch den Verlust der ewigen Seligkeit nach sich ziehen, durch den Eid gültig würden, so müßte auch dieser Fall darunter begriffen seyn und der Gläubiger die empfangenen Zinsen behalten dürfen. Wollte man aber annehmen, daß das erwähnte c. 6. die Ausnahme bilde, so ließe sich wieder die Regel

2) nicht mit der allgemeinen Wohlfahrt vereinigen, indem doch gewiß Niemand behaupten wird, daß ein Geschäft, welches die Gesetze zum Besten des Staates oder der Kirche für ungültig erklären, durch den Eid aufrecht erhalten werden könne.

Das Resultat ist also, daß das Canonische Recht hinsichtlich der Regel mit dem R. R. übereinstimme, aber andere Ausnahmen aufstelle, weshalb man denn in den vorkommenden Fällen die Entscheidung den Particularrechten und dem Gerichtsbrauche überlassen muß.

§. 134.

V. Von der Auslegung der Rechtsgeschäfte.

Da die Rechtsgeschäfte eben so gut eine Norm für die einzelnen Staatsbürger enthalten, wie die Gesetze für den ganzen Staat, so beruht die Auslegung der Rechtsgeschäfte (interpretatio negotiorum) im Allgemeinen auf denselben Grundsätzen, wie die der Gesetze (interpretatio iuris). Es muß also auch hier mit der authentischen Auslegung der Anfang gemacht werden, d. h. mit der, welche von dem Urheber des Rechtsgeschäftes selbst herrührt und daher die Regel: quilibet optimus est verborum suorum interpres: L. 96. D. *de R. I.* Doch ist zu unterscheiden, ob das negotium ein *vnilaterale* oder *bilaterale* sey (§. 139). Im erstern Falle, wie bey Testamenten, reicht die Auslegung hin, welche von der handelnden Person ausgeht: L. 21. §. 1. D. *Qui test. fac. poss.*, im letztern hingegen, wie bey Verträgen, darf dieselbe nicht einseitig geschehen: L. 99. pr. D. *de Verbor. oblig.*

Wenn aber von den Urhebern selbst keine Erklärung erfolgt ist, so tritt die doctrinelle Auslegung der Rechtsgeschäfte ein, über welche folgende Hauptregeln zu merken sind:

1) Zunächst hat man sich an den Wortverstand zu halten und zwar an denjenigen, welchen der gewöhnliche Sprachgebrauch an die Hand giebt: L. 69. pr. D. *de Legat. III.* — Hierbey sind auch Provincialismen zu berücksichtigen.

2) Bey dunkeln oder zweydeutigen Ausdrücken muß man die rechtliche Natur des Geschäftes in's Auge fassen: L. 3. D. *de Reb. cred.* und daher die Regel: interpretatio fieri debet ex natura negotii. Wenn z. B. der Käufer dem Verkäufer versprochen hat, ihm die Kaufsumme in vierteljährigen Zinsen zu bezahlen, so sind hier die Zinsen nicht für solche, sondern für abschlägliche Zahlungen zu nehmen, weil nach der Natur des Kaufes nur das pretium zu berücksichtigen ist.

3) Wenn aber die bloße Natur des Geschäftes zur Auslegung nicht hinreicht, so ist dieselbe zum Nachtheile Desjenigen vorzunehmen, der sich deutlicher hätte ausdrücken sollen: interpretatio fieri debet contra eum, qui clarius loqui debuisset: L. 39. D. *de Pact.* — Diese Verpflichtung liegt allemal Demjenigen ob, der von einem Andern eine Leistung verlangt, welche außerhalb der Natur des eingegangenen Geschäftes liegt.

4) Wenn die Rechtsgültigkeit des Geschäftes zweifelhaft ist, so hat diejenige Auslegung den Vorzug, welche das Geschäft aufrecht erhält: L. 12. D. *de Reb. dub.*

5) Die mildere Auslegung geht der strengern vor: L. 56. D. *de R. I.*, dergestalt, daß Der, welcher etwas zu leisten hat, im Zweifel das minimum leistet: L. 34. D. *eod.* — Doch giebt es auch Ausnahmen, in welchen die weiteste Grenze, mithin das maximum angenommen wird, wie z. B. bey letzten Willen: L. 12. D. *eod.* — Wenn sich aber endlich

6) der wahre Sinn auf keine Weise aus dem Geschäfte folgern läßt, so hört jede Auslegung desselben auf und das Geschäft ist ungültig: L. 73. §. 3. *eod.*

Fünfte Abtheilung.

Von der Erwerbung, Ausübung und Erhaltung der Rechte.

I. Von der Erwerbung.

§. 155.

1) Von den verschiedenen Arten derselben.

Modi adquirendi iuris werden in originarios und deriuatiuos eingetheilt:

1) *Originarii* (ursprüngliche Erwerbungsarten): qui alicui absque facto alterius succurrunt. Diese beruhen unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift, ohne daß es der Dazwischenkunft eines Andern bedarf. Hierher gehört

a. die Geburt. Alle Kinder, welche aus einer gültigen Ehe geboren sind, haben das Recht, von ihrem Vater Alimente zu verlangen: L. 5. §. 8. D. *de Agnosc. et al. lib.*, nicht minder, ihn nach seinem Tode zu beerben: Nov. 118. c. 1.

b. occupatio. Wenn nämlich Jemand eine herrenlose Sache mit dem Vorsatze in Besitz nimmt, sie als Eigenthümer zu behalten, so hat er, nach Vorschrift der Gesetze, durch diese Handlung allein schon das Eigenthum an derselben erworben: L. 1. u. 2. D. *Pro derel.*

c. accessio naturalis. Es kann nämlich Jemand auch durch ein bloßes Naturereigniß Rechte erwerben, wie wenn in der Mitte eines öffentlichen Flusses eine Insel entsteht. Diese gehört, gleich nach ihrer Entstehung, den Eigenthümern der Flußufer, nach der Breite ihrer Grundstücke: §. 22. Inst. *de Rer. diuis.*

2) *Deriuatiui* (abgeleitete Erwerbungsarten): quibus ius ab altero in alterum transfertur. Zu diesem Begriffe wird stets ein Verhältniß erfordert, kraft dessen der Eine auf den Andern ein Recht überträgt. Diese Uebertragung kann aber entweder eine wirkliche seyn, wie sie bey der Uebergabe einer Sache nach abgeschlossenem Kaufe Statt findet, oder eine fingirte, welche z. B. bey der erwerbenden Verjährung vorkommt.

Gleichbedeutend mit modus deriuatiuus wird das Wort successio gebraucht, weil Der, welcher das fragliche Recht erwirbt, hinsichtlich desselben an die Stelle Dessen tritt, der es ihm einräumt. Die successio ist aber entweder vniuersalis s. per vniuersitatem, oder singularis, jenachdem alle der Uebertragung fähige Rechte eines Staatsbürgers auf den Erwerber übergehen, wovon heut zu Tage nur noch der einzige Fall der Erbschaft übrig ist, oder nur ein einzelnes, bestimmtes Recht, wie wenn ein Gläubiger sein persönliches Recht gegen den Schuldner durch Cession auf einen Dritten überträgt.

Wenn aber von der Erwerbung eines dinglichen Rechtes die Rede ist, so muß der modus vom titulus unterschieden werden, dergestalt, daß der modus Niemandem zu Statten kommen kann, der nicht vorher durch den titulus dazu berechtigt worden ist. So ist z. B. beym Kaufe die Einwilligung der Paciscenten der titulus, durch welchen der Käufer das Recht erwirbt, die Uebergabe der Sache zu verlangen, die Uebergabe selbst aber ist der modus, durch welchen er in der Regel das Eigenthum der Sache empfängt. — Uebrigens wird von diesem Unterschiede in der Lehre vom Eigenthume ausführlicher die Rede seyn.

§. 136.

2) Von der Erwerbung selbst.

Ueber die Erwerbung selbst gelten folgende Grundsätze:

1) Der, welcher Rechte erwirbt, braucht nicht in allen Fällen **persönlich** thätig zu seyn, sondern kann dieselben auch durch einen **Andern**, nämlich durch einen **Stellvertreter** erwerben, welcher in seinem Namen handelt: pr. Inst. *Per quas person. cuiq. adquir.* Im letztern Falle ist zu unterscheiden, ob dieser Andere ein homo alieni iuris ist, also ein solcher, welcher unter der väterlichen Gewalt des Erwerbers steht, oder ein homo sui iuris, eine selbstständige Person. Was nämlich

a. den homo *alieni* iuris anlangt, so hat derselbe entweder auf **Befehl seines Vaters** gehandelt und hier erwirbt der Vater das fragliche Recht ausschließlich: L. 1. pr. §. 1. u. 3. u. L. 5. D. *Quod iussu,* oder er hat aus **eigenem Antriebe** gehandelt und dann treten theils die Regeln über die **Ratihabition** (§. 138.), theils die unten näher zu entwickelnden Grundsätze vom peculium ein, nach welchen die von dem Sohne erworbenen Rechte dem Vater entweder ganz oder zum Theile entzogen seyn können: Titt. C. *de Bon. mat.* u. *de Bon. quae lib. in potest.*

b. Ein homo *sui* iuris kann aber für einen Andern nur dann Rechte erwerben, wenn er entweder im Namen desselben **Besitz** von einer Sache ergreift: §. 5. Inst. *Per quas person. cuiq. adquir.*, oder kraft eines **Auftrages** handelt: L. 13. §. 25. D. *de Act. emt.*

2) Bey den abgeleiteten Erwerbungsarten gilt die Regel: nemo plus iuris in alterum transferre potest, quam quod ipse habet: L. 54. D. *de R. I.* — So kann z. B. der emphyteuta, welcher sein Grundstück verkauft, dem Käufer keineswegs das **volle** Eigenthum an demselben gewähren, weil ihm selbst nur ein nutzbares Eigenthum daran zusteht.

3) Niemand darf zum Nachtheile eines **Andern** Rechte erwerben, oder sich durch den Schaden eines Andern bereichern: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet: L. 206. D. *eod.* Wenn z. B. ein Unmündiger ohne Genehmigung seines Vormundes ein Darlehn aufgenommen und sich mit diesem eine ihm nothwendige Sache angeschafft, nach erlangter Mündigkeit aber das Darlehn zurückgezahlt hat, so kann er vom Gläubiger keines-

weges die Wiedererstattung des Bezahlten verlangen: L. 13. §. 1. D. *de Condict. indeb.*

4) Niemand kann ein Recht durch eine unerlaubte Handlung erwerben: dolosis iura non succurrunt: L. 134. §. 1. D. *de R. I.* Wenn z. B. ein Minderjähriger Jemanden zu Abschließung eines Contraktes dadurch bewogen hat, daß er sich für volljährig ausgab, so kann er sich hinsichtlich dieses Geschäftes schlechterdings nicht auf seine Alters-Vorrechte berufen: L. 2. C. *Si minor se maior. dix.*

§. 157.

II. Von der Ausübung der Rechte.

Hinsichtlich der Ausübung der Rechte sind folgende Regeln zu merken:

1) Jedem Berechtigten steht es frey, ob er sich seines Rechtes bedienen will, oder nicht. Eine Ausnahme von dieser Regel findet dann Statt, wenn das Recht zugleich einer Verpflichtung entspricht, wie z. B. das Recht zur ehelichen Beywohnung: c. 3. in fin. C. XXXII. qu. 2. oder auch das Recht des Vaters, seine Kinder zu erziehen: L. 4. u. 5. D. *de Agnosc. et al. lib.*

2) Wer sich seines Rechtes bedient, thut Niemandem Unrecht: qui iure suo vtitur, nemini facit iniuriam: L. 55. D. *de R. I.* Es kann also bey Ausübung unserer Rechte die Unbequemlichkeit oder der Nachtheil eines Andern nicht in Frage kommen. So steht es z. B. nach R. R. einem Jeden frey, sein Haus, dafern er die gesetzliche Höhe nicht überschreitet, höher zu bauen, als es bisher gewesen ist, wenn er auch dadurch dem Nachbar die Aussicht verdirbt: L. 12. §. 1. C. *de Aedif. priu.* — Bey dieser Rechtsregel wird jedoch zweyerley vorausgesetzt:

a. daß Der, welcher sein Recht ausübt, die Grenzen beobachte, die das Gesetz oder die Natur des Rechtes selbst vorschreibt. Es kann z. B. ein Jeder über sein Haus nach Belieben verfügen, darf es aber nicht so baufällig werden lassen, daß dem des Nachbars Gefahr droht: L. 4. D. *de Damno inf.* und

b. daß er nicht erweislich sein Recht bloß deshalb ausübe, um einem Andern zu schaden, z. B. wenn Jemand auf seinem Grundstücke nur zu dem Zwecke eine Vorrichtung macht, um den Brunnen seines Nachbars abzugraben: L. 1. §. 12. D. *de Aqu. et aqu. pluu. arc.*

3) Dem, welcher ein Recht hat, müssen auch alle Mittel zu dessen Ausübung zu Gebote stehen. Wenn mir z. B. das Recht zukommt, auf einem fremden Grundstücke Wasser zu schöpfen, so darf mir auch der Eigenthümer des letztern den Weg zu dem Wasser nicht verschließen: L. 3. §. 3. D. *de Seruit. praed. rust.*

4) Derjenige, welchem das stärkere, oder größere Recht zusteht, hat auch das schwächere oder geringere, welches in dem erstern enthalten ist: cui plus licet, quod minus est, etiam licebit: L. 21. D. *de R. I.* Wenn mir z. B. die seruitus viae, also das Recht zusteht, über das Grundstück eines Andern zu fahren, so habe ich auch zugleich die seruitus itineris, nämlich das Recht, über dieses Grundstück zu gehen: pr. Inst. *de Seruit. praed.*

5) Wer ein Recht hat, muß sich auch die Verpflichtungen gefallen lassen, welche mit demselben verbunden sind: penes quem sunt commoda, penes eundem debent esse onera: L. 10. D. *de R. I.* — So hat z. B. der nächste Blutsverwandte das Recht, zu succediren, aber auch die Verbindlichkeit, die Vormundschaft über seinen Agnaten zu übernehmen, wenn derselbe noch unmündig ist: §. vn. Inst. *de Legit. patron. tutel.* Endlich

6) Gleichwie man Rechte durch Andere erwerben kann, so steht es auch in der Regel jedem Berechtigten frey, seine Rechte durch Andere ausüben zu lassen: potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum: c. 68. *de R. I. in VI.* — Der vsufructuarius kann z. B. die Sache, welche er in Nießbrauch hat, verpachten: L. 12. §. 2. D. *de Vsufr.* — Von dieser Regel sind jedoch alle die Rechte ausgenommen, welche ihrer Natur nach nur von Demjenigen ausgeübt werden können, dem sie zustehen, wie z. B. die ehelichen.

III. Von der Erhaltung der Rechte.

§. 158.

1) Protestation.

Zur Erhaltung (Sicherung) der Rechte giebt es sehr verschiedene Mittel. Diese werden eingetheilt:

1) in gesetzliche und willkührliche, jenachdem sie unmittelbar auf der Vorschrift des Rechtes beruhen, wie z. B. die stillschweigende Hypothek, welche der Ehefrau wegen ihres Eingebrachten

an den Gütern des Ehemanns zusteht: L. 30. C. *de Iure dot.*, oder auf Privat=Verfügung, wie z. B. die Bürgschaft;

2) in gerichtliche und außergerichtliche, jenachdem dazu die Auctorität des Richters erfordert wird, z. B. Arrest (Beschlagnahme), oder nicht, z. B. das Retentionsrecht.

Von denjenigen Sicherheitsmitteln, welche sich auf besondere, privatrechtliche Verhältnisse beschränken, wird bey diesen selbst an den gehörigen Orten die Rede seyn, unter den allgemeinen aber, welche hierher gehören, ist zuerst zu erklären:

Protestatio (in den Quellen: testatio contrariae voluntatis): declaratio, qua quis effectum actus cuiusdam vel proprii, vel alieni, forte perniciosum, a se auertere studet. Ein Beyspiel von einer Protestation, die sich auf eine eigene Handlung bezieht, ist: wenn der Gastwirth bey der Aufnahme eines bey ihm einkehrenden Reisenden erklärt, daß er für die Sicherheit der mitgebrachten Effecten nicht stehen könne: L. vlt. pr. D. *Nautae, caupon.* — Hingegen auf eine fremde Handlung wird die Protestation gerichtet, wenn z. B. mein Nachbar einen Bau vornehmen will und ich im Voraus erkläre, daß er für allen Schaden zu stehen habe, den mein Haus dadurch erleiden möchte: L. 1. §. 17. D. *de Operis nou. nunc.*

Eine besondere Gattung der Protestationen sind die

Reseruationes: protestationes, quibus is, qui iura quaedam in alterum transfert, certum ius ab hac translatione eximit. Ein Vorbehalt findet z. B. Statt, wenn ich Jemandem mein Haus schenke, mir aber auf Lebenszeit den Nießbrauch desselben ausmache.

Die Protestationen und Vorbehalte sind aber ungültig:

1) wenn sie gegen die bestehenden Gesetze anstoßen, was z. B. der Fall seyn würde, wenn Jemand eine Erbschaft anträte, aber dabey erklärte, daß er nur dann als Erbe betrachtet seyn wollte, wenn die Erbschaft zur Tilgung der vorhandenen Schulden ausreichte: L. 51. §. 2. D. *de Adquir. vel omitt. hered.*,

2) wenn ihr Inhalt auf Handlungen gerichtet ist, welche nicht in der freyen Willkühr des Protestirenden stehen. So ist z. B. die oben erwähnte Protestation des Gastwirthes ohne rechtliche Wirkung, wenn der Reisende sich nicht damit einverstanden erklärt: L. vlt. pr. D. *Nautae, caupon.*

3) wenn sie zu spät kommen, wie wenn Jemand einen Ast von einem Baume hinabwirft und dabey ausruft, man möge sich in Acht nehmen, er stehe für nichts: L. 31. D. *Ad leg. Aquil.* und

4) wenn Jemand gegen eine Handlung protestirt, die er im Augenblicke selbst vornimmt, z. B. wenn man Jemanden mit einem entehrenden Schimpfnamen belegt, aber sogleich hinzufügt, daß man damit der Ehre des Beleidigten nicht zu nahe treten wolle.

§. 159.

2) Caution.

a. Begriff und Gattungen.

Cautio s. *Satisdatio*: securitas propter euentum incertum necessaria. — Die Leistung der Caution ist in allen denjenigen Fällen erforderlich, in welchen unsere Rechte gefährdet sind und auf keine andere Weise gesichert werden können. Die cautiones sind natürlich so mannigfaltig, als die precären Rechtsverhältnisse, welche sie nothwendig machen, und werden eingetheilt:

1) nach ihrem rechtlichen Grunde: in voluntarias s. conuentionales und necessarias s. legales.

Voluntariae: quae in libero paciscentium arbitrio positae sunt, z. B. wenn Derjenige, welcher im Namen eines Abwesenden ein Geschäft eingeht, dem andern Paciscenten Sicherheit leistet, daß der Abwesende es genehmigen werde: L. 11. D. *Ratam rem hab.*

Necessariae: ad quas praestandas lex ipsa compellit. Diese sind nach R. R. entweder ciuiles oder praetoriae, jenachdem sie durch das Civilrecht eingeführt worden sind, wie z. B. die Caution, welche der quasiusufructuarius zu leisten hat: §. 2. Inst. *de Vsufr.*, oder auf dem Prätorischen Edicte beruhen, z. B. die cautio damni infecti: L. 7. pr. D. *de Damno inf.*

2) nach den Rechtsverhältnissen, in welchen sie geleistet werden: in iudiciales und extraiudiciales.

Iudiciales: quae interueniente iudicis auctoritate praestantur, wie z. B. in einem Processe: die cautio iudicio sisti, durch welche der Beklagte dem Kläger zusichert, daß er sich an einem bestimmten Tage vor Gericht einfinden wolle: L. 2. D. *Qui satisdare cog.*

Extraiudiciales: quae interuentum iudicis haud requirunt, z. B. die cautio vsufructuaria: L. 1. pr. *Vsufr. quemadm. cau.* Endlich

3) nach der Art und Weise, auf welche sie geleistet werden: in verbales und reales.

Verbales: quae aut nudis verbis, aut iureiurando praestantur. Diese sind daher entweder nude promissoriae, welche in einem bloßen Versprechen bestehen und diese werden, wenn nichts Anderes vorgeschrieben ist, stets präsumirt: L. 3. C. *de Verbor. et rer. signif.*, oder *iuratoriae*, welche mittelst Eides geleistet werden. Eine solche Caution kommt nach R. R. z. B. von Seiten des Klägers vor, welcher keine Bürgen stellen kann: Auth. *Generaliter* C. *de Episc. et cler.*

Reales: quae vel fideiussoribus, vel pignoris constitutione praestantur. Diese sind daher entweder fideiussoriae, welche auch satisdationes im engern Sinne genannt und durch Stellung von Bürgen geleistet werden: L. 1. D. *Qui satisdare cog.*, oder *pignoralitiae*, welche in Verpfändung oder in Begründung einer Hypothek bestehen: L. 59. §. vlt. D. *Mand.*

§. 160.

b. Art und Weise der Cautionsleistung.

Hinsichtlich der Art und Weise, auf welche die Cautionen geleistet werden müssen, ist zwischen cautionibus voluntariis und necessariis zu unterscheiden. Bey jenen hängt es nämlich von der Willkühr Dessen ab, welchem die Caution zu leisten ist, in welchem Maaße dieß geschehen soll, indem sich Derselbe vielleicht in dem einen Falle mit dem bloßen Versprechen begnügt, während er in einem andern auf Bürgschaft oder Verpfändung antragen würde und aus demselben Grunde steht es auch jedem Berechtigten frey, die Caution zu erlassen: L. 2. C. *Vt in possess. legat.* — Hingegen die cautiones necessariae, welche auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, müssen in der Regel reales seyn: L. 4. §. 8. D. *de Fideic. libert.* Von dieser Regel giebt es aber folgende Ausnahmen:

1) gewisse, privilegirte Personen brauchen bloß eine cautio iuratoria zu leisten, nämlich a. die viri illustres: L. 17. pr. C. *de Dignit.* b. die Beamten der kaiserlichen Canzley: L. 12.

pr. C. *de Proxim. sacror. scrin.* und c. die kaiserlichen Scholares: L. 3. §. 3. C. *de Priuil. scholar.*

2) Arme Personen, welche weder Pfand noch Bürgen stellen können, sind entweder ebenfalls zur cautio iuratoria zu lassen: Nou. 22. c. 44. §. 5., oder es hat, wenn diese bedenklich fällt, die Obrigkeit einen Ausweg zu treffen, der meistens in Administration oder Sequestration des fraglichen Gegenstandes bestehen wird.

3) Dieselbe cautio iuratoria soll bey denjenigen Personen hinreichen, welche mit schuldenfreyen Grundstücken angesessen sind: L. 26. §. 6. C. *de Episc. aud.*

4) Die moralischen Personen, wie z. B. die städtischen Gemeinheiten, brauchen nur eine cautio *nude promissoria* zu leisten: L. 6. §. 1. D. *Vt legat. s. fideic. seru. caus. cau.* und

5) von aller Cautionsleistung sind befreyt: a. der Vater in Hinsicht auf den Nießbrauch, welcher ihm an den bonis aduentitiis seiner Kinder zusteht: L. 8. §. 4. C. *de Bon. quae lib.* und b. der Fiscus: L. 2. §. 18. D. *Vt leg. s. fideic. seru. caus. cau.*, weil von diesem stets Zahlungsfähigkeit vorausgesetzt wird: L. 2. §. 1. D. *de Fundo dotal.*

§. 161.

3) Retentionsrecht:

a. Begriff und Erfordernisse.

Ius retentionis (Vorbehaltungs- oder Zurückbehaltungsrecht) kommt in einem weitern und in einem engern Sinne vor.

Im weitern Sinne ist es: ius, aduersario id, quod ipsi debetur, tamdiu denegandi, donec propriae obligationi satisfecerit. In diesem Sinne ist unter dem Retentionsrechte auch die compensatio begriffen, von welcher unten in der Lehre von den Obligationen die Rede seyn wird.

Im engern Sinne aber ist es: ius, possessionem rei, quam aduersarius ex vlla caussa petere potest, tamdiu continuandi, donec obligationi suae satisfecerit. Das Retentionsrecht in diesem engern Sinne muß folgenden Erfordernissen entsprechen:

1) Der, welcher das Retentionsrecht ausüben will, muß eine körperliche Sache in seinem Besitze haben, zu welchem er auf eine

erlaubte Weise gelangt ist: L. 25. D. *de Pignorib. et hyp.* Daher die Regel: qui potest *detinere,* potest etiam *retinere.*

2) Es muß ein Anderer einen begründeten Anspruch auf Herausgabe dieser Sache haben: L. 14. §. 1. D. *Comm. diuid.*

3) Gegen diesen Andern muß dem Besitzer der Sache ein persönliches Recht zustehen, zu dessen Sicherung er die Retention ausübt: arg. L. 14. D. *de Donat.*

4) Dieses persönliche Recht muß mit dem Rechte Dessen, welcher die Herausgabe der Sache verlangt, in einer gewissen Verbindung stehen: L. 13. §. 8. D. *de Act. emt.* und

5) es darf über dieses persönliche Recht kein Zweifel obwalten, sondern dasselbe muß sogleich liquid seyn, d. h. erweislich gemacht werden können: arg. L. 14. §. 1. C. *de Compensat.* Doch tritt dieses Erforderniß nur dann ein, wenn das Recht Dessen liquid ist, welcher die Herausgabe der Sache verlangt.

Alle diese Erfordernisse vereinigen sich in folgendem Beyspiele: ein Pfandgläubiger hat auf die ihm verpfändete Sache impensas necessarias, d. h. solche Auslagen verwendet, ohne welche die Sache an ihrem Werthe verloren haben, oder völlig untergegangen seyn würde. Der Schuldner bezahlt ihm zwar zur rechten Zeit die Pfandsumme, ersetzt ihm aber nicht die gehabten Auslagen. In diesem Falle kann der Pfandgläubiger das ius retentionis an der verpfändeten Sache so lange ausüben, bis er wegen seiner Auslagen vollständig befriedigt ist.

So oft nun die erwähnten Erfordernisse zusammen treffen, kann in der Regel das Retentionsrecht jederzeit ausgeübt werden, obwohl es auch gesetzliche Ausnahmen giebt, in welchen es wegfällt. So darf z. B. Der, welchem eine Sache in depositum gegeben worden war, an dieser Sache kein Retentionsrecht ausüben: L. 11. C. *Depos.*

Doch können die Grenzen des Retentionsrechtes durch Vertrag oder letzten Willen entweder ausgedehnt oder beschränkt werden, woraus sich die Eintheilung in ius retentionis legale, testamentarium und conuentionale von selbst ergiebt.

§. 162.

b. Qualificirtes Retentionsrecht.

Eine andere Eintheilung des ius retentionis ist in simplex und qualificatum. Das ius retentionis *simplex* ist das bisher beschriebene, das *qualificatum* aber steht Demjenigen zu, welcher an der zu retinirenden Sache selbst ein unmittelbares Recht (ein ius reale) hat, kraft dessen er, wenn er die Sache nicht besäße, die Uebergabe derselben mittelst einer dinglichen Klage verlangen könnte, wie dieß z. B. bey jedem Pfandgläubiger der Fall ist, welcher mit der actio hypothecaria auf die Uebergabe der ihm verpfändeten Sache gegen jeden Besitzer derselben klagen kann: L. 2. C. *de Praetor. pign.*

Aber die eigenthümliche Wirkung des qualificirten Retentionsrechtes besteht darin, daß es auch wegen solcher Forderungen ausgeübt werden kann, welche mit der zu retinirenden Sache in keiner Verbindung stehen, weshalb denn das qualificirte Retentionsrecht eine Ausnahme von dem vierten, oben erwähnten Erfordernisse macht. Wenn nämlich wegen eines Darlehns dem Gläubiger eine bestimmte Sache zu Pfand gegeben worden ist, späterhin aber derselbe Gläubiger demselben Schuldner auf's Neue eine Summe Geldes in Darlehn giebt, wegen welcher jedoch keines Pfandes Erwähnung geschieht, so ist der Gläubiger, wenn auch der Schuldner dasjenige Darlehn zurückzahlt, zu dessen Sicherheit das Pfand bestellt worden war, noch keineswegs zur Herausgabe des letztern verbunden, sondern kann dasselbe so lange retiniren, bis ihn der Schuldner auch wegen des später eingegangenen Darlehns vollständig befriedigt hat: L. un. C. *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.*

Sechste Abtheilung.

Von dem Verluste und der Wiederherstellung der Rechte.

I. Vom Verluste der Rechte.

§. 163.

1) Nothwendige Gründe des Rechtsverlustes.

Die Gründe, aus welchen Rechte verloren gehen können, werden überhaupt in zwey Classen eingetheilt, nämlich in freywillige

und nothwendige, jenachdem sie von dem Willen des Berechtigten abhängen, oder nicht. Die erstern lassen sich sämmtlich unter den allgemeinen Begriff der Verzichtleistung (renunciatio) bringen, die letztern dagegen sind einzeln folgende:

1) Wegfall des Grundes, auf welchem das Recht beruhte. Hier ist zwischen den verschiedenen Rechten selbst folgendermaaßen zu unterscheiden:

a. diejenigen Rechte, welche aus dem status hervorgehen, erlöschen mit dem Aufhören desselben. Wenn sich also z. B. ein homo sui iuris arrogiren läßt, so verliert er die väterliche Gewalt über seine Kinder: L. 2. §. 2. D. *de Adoptionib.*

b. Dingliche Rechte (iura realia) endigen mit dem Untergange der Sache, z. B. wenn Jemandem ein Haus in Nießbrauch gegeben worden ist und dieses abbrennt: L. 5. §. 2. D. *Quib. mod. vsusfr. et vs. amitt.*

c. Persönliche Rechte (iura personalia) hören auf, wenn die Leistung, auf welche sie gerichtet sind, erfolgt ist: L. 176. D. *de R. I.* und L. 54. D. *de Solut.*, wie z. B. die Rückzahlung eines Darlehns.

d. Höchstpersönliche Rechte (iura personalissima) erlöschen mit dem Tode des Berechtigten, wie z. B. der Nießbrauch: §. 3. Inst. *de Vsufr.*, so wie endlich

e. die iura accessoria zugleich mit dem Hauptrechte wegfallen, mit welchem sie verbunden waren: L. 43. D. *de Solut.* Dieß gilt z. B. für das Pfandrecht, wenn die Hauptschuld getilgt ist.

2) Der Eintritt des *dies ad quem*, nämlich desjenigen Zeitpunktes, bis zu welchem das Recht verliehen worden war: §. 2. Inst. *de Verb. oblig.* und L. 44. §. 1. D. *de Oblig. et act.* (§. 147.)

3) Der Eintritt einer *conditio resolutiua*: L. 11. §. 1. D. *Quemadm. seruit. amitt.* (§. 144.)

4) Exstinctive Verjährung, deren wesentliches Erforderniß der Nichtgebrauch eines Rechtes ist und durch welche z. B. Servituten verloren gehen können: L. 6. D. *de Seruit. praed. vrb.*

5) *Resolutum ius constituentis*: Wegfall des Rechtes Dessen, welcher das in Rede stehende Befugniß verliehen hatte. Wenn

z. B. Der, welchem an einer gewissen Sache nur ein widerrufliches Eigenthum zustand, Jemandem an dieser Sache eine Servitut oder ein Pfandrecht begründet hatte, so hören diese letztgenannten Rechte auf, wenn das Eigenthum des Constituenten widerrufen wird: L. 11. §. 1. D. *Quemadm. seruit. amitt.* und L. 4. §. 3. D. *de In diem addict.*

6) *Confusio*: dasjenige Ereigniß, durch welches Rechte, die bisher getrennt gewesen waren und verschiedenen Personen zugestanden hatten, nunmehr in einer Person vereinigt werden. Die confusio ist aber von doppelter Art:

a. *consolidatio*, welche nur dingliche Rechte zum Gegenstande hat. Diese kann entweder so geschehen, daß Derjenige, welcher bis jetzt ein dingliches Recht an einer fremden Sache ausübte, nunmehr Eigenthümer derselben wird, z. B. wenn der Eigenthümer eines Hauses, welchem auf dem Nachbarhause eine Servitut zustand, dieses letztere gekauft hat, so ist die Servitut als erloschen zu betrachten: L. 30. pr. D. *de Seruit. praed. vrb.*, denn: res propria nemini seruit: L. 5. pr. D. *Si vsusfr. pet.*, oder sie kann sich dergestalt ereignen, daß der Eigenthümer, an dessen Sache bis jetzt ein Anderer ein dingliches Recht gehabt hatte, dieses Recht zurückbekommt und wieder mit seinem Eigenthume vereinigt, wie z. B. wenn der vsufructuarius seinen Nießbrauch wieder an den proprietarius zurückgiebt: §. 3. Inst. *de Vsufr.* und

b. *confusio in specie*, welche sich auf persönliche Rechte bezieht. Wenn z. B. der Schuldner Erbe seines Gläubigers wird, so ist die Schuld gleich nach dem Erbschafts-Antritte als erloschen anzusehen: L. 75. D. *de Solut.* weil Niemand sich selbst etwas schuldig seyn kann.

7) Das Zusammentreffen zweyer lucrativer Erwerbungsgründe in einer und derselben Person wegen eines und desselben Gegenstandes: duae lucratiuae caussae in eundem hominem et eandem rem concurrere non possunt. Wenn z. B. Jemand eine und dieselbe Sache von zwey verschiedenen Testatoren vermacht bekommen und aus dem ersten Testamente die Sache selbst erhalten hat, so kann er aus dem zweyten Testamente nicht noch den Werth derselben verlangen: §. 6. Inst. *de Legat.*

8) *Reuocatio* (Widerruf). Dieser kann erfolgen:

a. wenn das Recht selbst gleich anfangs auf Widerruf ertheilt war: L. 1. §. 2. D. *de Precario.*

b. wenn der Widerruf durch einen später hinzutretenden Umstand herbeygeführt wird, wie dieß wegen Undankbarkeit: L. 10. C. *de Reuoc. donat.*, wegen Mißbrauchs: c. 7. Dist. LXXIV. und wegen Nichterfüllung eines modus: L. 2. C. *de Condict. ob caus. dator.* (§. 148.) Statt finden kann.

9) Wegfall des Interesse, welches der Berechtigte an der Ausübung seines Befugnisses hatte. Wenn ich z. B. Jemanden beauftragt hatte, ein bestimmtes Grundstück für mich zu kaufen, später aber dieses Geschäft selbst bewerkstelligte, so hört mein Recht auf Erfüllung jenes Auftrages von selbst auf: L. 8. §. 6. *Mand.* Endlich

10) zur Strafe, wie z. B. die Confiscation der Güter beym Verbrechen des Hochverrathes: L. 6. C. *Ad leg. Iul. maiest.*

§. 164.

2) Freywillige Gründe des Rechtsverlustes:

a. Verzichtleistung im engern Sinne.

Verzichtleistung (renunciatio) ist jeder freywillige Grund des Rechtsverlustes, also jede freywillige Handlung, wodurch Jemand ein ihm wirklich zustehendes Recht aufgiebt. Dieß kann aber auf eine doppelte Weise geschehen, nämlich entweder so, daß das Recht, auf welches Jemand Verzicht leistet, gänzlich aufhört: Verzichtleistung im engern Sinne (renunciatio in specie sic dicta), oder so, daß das Recht selbst nicht aufgehoben wird, sondern nur die Person des Berechtigten sich ändert, weil Der, welchem das Recht bis jetzt zugestanden hatte, dasselbe auf einen Andern überträgt: Rechtsübertragung (alienatio).

Was nun zuvörderst die Verzichtleistung im engern Sinne betrifft, so sind über die rechtliche Natur derselben folgende Grundsätze zu merken:

1) sie kann entweder expressa oder tacita seyn, jenachdem sie durch Worte oder bloß durch Handlungen an den Tag gelegt wird. Ein Beyspiel stillschweigender Verzichtleistung kommt in dem Falle vor, wenn mir das Recht zusteht, über ein fremdes Grundstück wegzufahren, ich aber dem Eigenthümer erlaube, den Weg zu besäen oder zu bepflanzen: L. 8. pr. D. *Quemadm. seruit. amitt.*

2) Wer gültig Verzicht leisten will, muß dispositionsfähig und mit dem Rechte, welches er aufgiebt, genau bekannt seyn: L. 8. D. *de Hered. pet.*

3) Ist aber dieses der Fall, so steht es einem Jeden frey, seinem Rechte zu entsagen: L. 29. C. *de Pact.* „omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare", ausgenommen:

a. wenn das aufzugebende Recht nicht der vollen und freyen Verfügung des Berechtigten unterliegt. So kann z. B. der Miteigenthümer eines Grundstückes der dem letztern zustehenden Servitut keineswegs allein entsagen: L. 34. pr. D. *de Seruit. praed. rust.*

b. wenn das Recht, auf welches Jemand Verzicht leisten will, auch eine Verpflichtung mit sich führt, wie wenn ein Ehegatte der ehelichen Verbindung ohne Weiteres entsagen wollte: c. 3. X. *de Diuort.*

c. wenn die Verzichtleistung gegen die Staatsverfassung anstößt: ius publicum per pacta priuatorum mutari nequit. Es darf z. B. Niemand einseitig seinem Gerichtsstande entsagen: c. 12. X. *de Foro comp.*

4) Eine Verzichtleistung kann niemals präsumirt, sondern muß in jedem einzelnen Falle bewiesen werden: c. 5. X. *de Renunciat.* und darum sind auch bey der Auslegung derselben die engsten Grenzen zu beobachten (interpretatio debet esse stricta).

5) Streitig ist es, ob Der, welcher ein Rechtsgeschäft eingeht, im Allgemeinen den sämmtlichen Ausflüchten entsagen könne, welche sich gegen die Gültigkeit desselben einwenden lassen, oder ob es nicht vielmehr einer besondern Renunciation auf jede einzelne Ausflucht bedürfe. Das Gesetz, wodurch man die letztere Meynung zu begründen sucht: L. 4. §. 4. D. *Si quis caut. in iudic. sist.* scheint zu speciell und die erstere Ansicht den Vorzug zu verdienen, dafern nicht von Seiten des Verzichtenden ein Irrthum bewiesen werden kann. Endlich

6) die einmal gültig erfolgte Verzichtleistung kann nicht zurückgenommen werden: ad iura renunciata non patet regressus: L. 11. C. *de Reb. cred.*

§. 165.

b. Rechtsübertragung.

Die Rechtsübertragung (alienatio) kann sowohl dingliche, als persönliche Rechte zum Gegenstande haben.

1) Wenn sie sich auf dingliche Rechte bezieht, ist sie von doppelter Art:

a. *Alienatio in sensu latiori* s. *constitutiua*: qua alii cuidam ius in re, praeter dominium plenum, constituitur. Durch diese löst der Eigenthümer ein einzelnes Realrecht von seinem Eigenthume ab und trägt es auf einen Andern über. Hierher gehört die Begründung *α.* einer emphyteusis, *β.* einer superficies, *γ.* eines Pfandrechtes und *δ.* einer Servitut. — Constitutiua wird diese alienatio genannt, weil sie dem Andern ein dingliches Recht begründet, welches bey ihm eine ganz andere Gestalt annimmt, als welche es beym Eigenthümer hatte, mithin ganz neu zu entstehen scheint.

b. *Alienatio in sensu strictiori* s. *translatiua*: qua rei alicuius dominium plenum in alterum transit. Diese geschieht z. B. durch Uebergabe einer Sache an Denjenigen, welchem sie geschenkt oder verkauft worden ist.

2) Wenn aber die alienatio persönliche Rechte zum Gegenstande hat, so heißt sie Cessio: L. 3. §. 5. in fin. D. *de In rem verso*, obwohl man mit diesem Worte zuweilen auch jede Rechtsübertragung bezeichnet, sie möge sich auf dingliche oder persönliche Rechte beziehen. In dem hier vorliegenden, engern Sinne sind zu jeder Cession drey Personen erforderlich: a. Cedens: der Gläubiger, welcher sein persönliches Recht auf einen Andern überträgt, b. Cessionarius: Derjenige, auf welchen es übergetragen wird und welcher also an die Stelle des Cedens tritt und c. Cessus: der Schuldner, gegen welchen das persönliche Recht ausgeübt werden kann.

Hinsichtlich der alienatio überhaupt sind aber noch folgende Sätze anzuführen:

1) das ius alienandi steht Jedem zu, welcher dispositionsfähig ist. Hierher gehört jedoch, daß er dieß nicht bloß überhaupt sey, sondern auch in's Besondere rücksichtlich desjenigen Rechts, welches er auf einen Andern übertragen will. So kann in der Regel nur der Eigenthümer einer Sache die Veräußerung

derselben gültig vornehmen: §. 40. Inst. *de Rer. diuis.* Doch sind von dieser Regel zweyerley Fälle ausgenommen:

a. in welchen selbst der Eigenthümer keine gültige Veräußerung bewerkstelligen kann, wie dieß nach R. R. von dem Ehemanne gilt, der den fundus dotalis, an welchem ihm das dominium ciuile zusteht, nicht veräußern darf: pr. Inst. *Quib. alien. lic.*

b. in welchen Jemand eine Sache, an der er kein Eigenthum hat, dennoch durch Veräußerung in das volle Eigenthum eines Andern übertragen kann, z. B. der Pfandgläubiger, wenn er die distractio pignoris unter den gesetzlichen Erfordernissen vornimmt: L. vlt. §. 1. C. *de Iure dominii impetr.*

2) Es giebt auch Rechte, welchen man zwar entsagen, welche man aber nicht auf Andere übertragen kann, z. B. die Personal-Servituten. So kann der vsufructuarius seinen Nießbrauch in die Hände des proprietarius zurückgeben, niemals aber einer andern Person cediren: §. 3. Inst. *de Vsufr.* obwohl es ihm unbenommen bleibt, die Ausübung seines Nießbrauches, wie z. B. durch Verpachtung der Sache, einem Andern zu überlassen: L. 12. §. 2. D. *eod.*

3) Um so weniger ist eine Veräußerung derjenigen Rechte möglich, auf die man nicht einmal Verzicht im engern Sinne leisten kann, wohin z. B. die Rechte der Ehegatten gehören.

II. Von der Wiederherstellung der Rechte.

§. 166.

1) Im Allgemeinen.

Dasjenige Recht, welches einmal erloschen ist, kann in der Regel nicht wieder aufleben, doch giebt es drey Hauptgründe seiner Wiederherstellung:

1) der Wille der Interessenten. Hier wird erfordert, daß diese genau dieselben Maaßregeln ergreifen, welche zu der frühern Begründung des Rechtes nothwendig waren: L. 27. §. 2. D. *de Pact.* Wenn also z. B. das erloschene Recht auf einem Realcontrakte beruhte, so kann es nicht anders wieder hergestellt werden, als durch abermalige Uebergabe der Sache.

2) Das Gesetz selbst. Dieses tritt in manchen Fällen dann ein, wenn die Ursache, aus welcher ein Recht erloschen war, späterhin wieder weggefallen ist. Hierher gehört besonders das

postliminium: die Wiederherstellung der durch feindliche Kriegsgewalt verloren gegangenen Rechte in dem Falle, daß die letztere wieder aufgehört hat. Dieses äußerte sich bey den Römern auf eine doppelte Weise:

a. als postliminium *personale*: in Hinsicht auf Personen, welche, wenn sie Kriegsgefangene wurden, nach Völkerrecht in Sclaverey geriethen und hierdurch aller ihrer Rechte verlustig giengen, nach ihrer Befreyung aber ihre Stellung als Staatsbürger wieder erlangten: §. 5. Inst. *Quib. mod. ius patr. potest solu.* und

b. als postliminium *reale*: in Hinsicht auf Sachen, welche sich in Feindes-Gewalt befunden haben, aber, nachdem diese aufgehört, in die freye Verfügung ihrer Eigenthümer zurückfallen, was sowohl von unbeweglichen Gütern: L. 20. §. 1. D. *de Captiu. et postlim.*, als von beweglichen Gegenständen gilt: L. 12. §. 12. D. *eod.*

Obwohl nun das postliminium personale heut zu Tage keine Anwendung mehr leidet, so ist doch das reale noch immer als gültig zu betrachten. Endlich

3) der richterliche Ausspruch, welcher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewirkt. Diese bedarf nun einer ausführlichern Darstellung.

§. 167.

2) In's Besondere: von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

a. Begriff und Eintheilungen.

Restitutio in integrum (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) kommt in einem weitern und in einem engern Sinne vor. Im weitern Sinne ist sie: reductio in pristinum statum propter damnum, quod ex eius mutatione ortum est. Wenn sie Statt finden soll, so wird stets die Aenderung irgend eines rechtlichen Zustandes vorausgesetzt, durch welche Jemand einen Nachtheil erlitten oder noch zu erleiden hat. In diesem weitern Sinne wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in restitutionem *personarum* und restitutionem *rerum* s. *caussarum* eingetheilt. Jene kommt im Criminalrechte vor und ist entweder rest. *iustitiae*, welche dem Unschuldigen zu Theil werden muß und auf dem Gesetze selbst beruht, oder rest. *gratiae*, welche durch die Gnade des

Landesherrn einem Schuldigen verliehen wird. — Die restitutio *rerum* dagegen gehört ausschließlich für das Civilrecht und ist die restitutio im engern Sinne: adminiculum iuris tam praetorii, quam ciuilis, quo negotium, summo iure validum, auctoritate magistratus ex iusta caussa rescinditur. Nach Maaßgabe dieser Definition wird die restitutio in integrum in *praetoriam* und *ciuilem* eingetheilt, jenachdem sie in dem prätorischen Edicte, oder in neuern Civilgesetzen ihren Ursprung hat. Der Prätor sah sich nämlich häufig genöthigt, bey negotiis stricti iuris, d. h. bey solchen, deren Gültigkeit nur von einer bestimmten, gesetzlichen Form abhieng, seine aequitas (§. 34.) eintreten zu lassen und dergleichen Rechtsgeschäfte wieder aufzuheben, wenn der eine oder andere Contrahent dadurch verletzt worden war, obwohl nach strengem Rechte gegen die Gültigkeit derselben nichts eingewendet werden konnte. Da sich nun solche prätorische Verfügungen in gleichartigen Fällen wiederholten, so wurden sie in das Edict aufgenommen und später auch auf negotia bonae fidei ausgedehnt, weshalb sie noch heut zu Tage einen integrirenden Theil der Rechtswissenschaft ausmachen. Die Ursachen aber, aus welchen eine prätorische Restitution Platz ergreifen kann, sind überhaupt sieben: 1) vis et metus, 2) dolus malus, 3) error, 4) minor aetas, 5) absentia, 6) capitis deminutio und 7) clausula praetoris generalis.

Aber nach Vorgang des Prätor führten auch neuere Civilgesetze, besonders kaiserliche, für gewisse Fälle die restitutio in integrum ein und daher die restitutio *ciuilis*, welche dieselbe Natur, wie die praetoria hat und nur als eine Nachahmung der letztern zu betrachten ist. Die einzelnen Fälle der Civilrestitution sind aber folgende fünf:

1) Laesio enormis, wenn der Verkäufer einer Sache weniger, als die Hälfte des wahren Kaufpreises, empfangen hat: L. 2. C. *de Rescind. vendit.*

2) Res iudicata, wenn ein richterliches Urtheil auf Aussagen bestochener Zeugen beruht: L. 33. D. *de Re iudic.*

3) Iusiurandum, wenn der Beklagte in Folge eines von ihm geleisteten Eides vom Richter losgesprochen worden ist, der Kläger aber gewisse Urkunden neu aufgefunden hat, aus welchen allein er nun den Beweis führen will: L. 31. D. *de Iureiur.*

4) Intercessio mulieris. Wenn ein Frauenzimmer eine fremde Schuld auf sich genommen, später aber von der Rechtswohlthat des SC. Velleianum Gebrauch gemacht hat, so lebt das Recht des Gläubigers gegen den ursprünglichen Schuldner wieder auf: L. 16. C. *Ad SC. Vellei.* Vgl. auch L. 8. §. 9. D. *eod.* und

5) Repudiatio hereditatis, wenn ein suus heres die väterliche Erbschaft ausgeschlagen, später aber sich noch für den Antritt derselben erklärt hat: L. 6. C. *de Repud. vel abstin. heredit.*

Endlich läßt sich auch noch eine restitutio in integrum aus dem Edicte des Aedilen annehmen: die actio redhibitoria, deren sich der Käufer gegen den Verkäufer bedient, welcher ihm eine völlig unbrauchbare Sache übergeben hatte: L. 1. §. 1. D. *de Aedilit. ed.* in Verb. mit L. 60. D. *eod.*

§. 168.

b. Erfordernisse.

Jede restitutio in integrum setzt aber, nach Inhalt der oben gegebenen Definition, voraus:

1) daß das Rechtsgeschäft, welches durch sie aufgehoben werden soll, nach strengem Rechte gültig sey, denn außerdem fällt die Wirkung des Geschäftes schon gesetzlich hinweg: L. 16. §. 3. D. *de Minorib.*

2) daß aus dem Geschäfte dem einen oder andern Contrahenten ein rechtlicher Nachtheil erwachsen sey. Doch muß dieser Nachtheil

a. ein wesentlicher: L. 4. D. *de In integr. rest.*

b. ein unverschuldeter seyn: L. 7. D. *eod.* — Nur die Minderjährigen machen hier eine Ausnahme, welche auch dann restituirt werden, wenn sie sich den Schaden durch eigene Fahrlässigkeit zugezogen haben: L. 44. D. *de Minorib.* — Ferner darf jener Nachtheil

c. nicht auf bloßem Zufalle beruhen: L. 11. §. 4. und 5. D. *eod.*

3) daß der Nachtheil auf ordentlichem Wege Rechtens nicht beseitigt werden könne: L. 16. pr. D. *eod.*

4) daß ein triftiger Grund (iusta caussa) vorhanden sey, aus welchem die restitutio ertheilt wird: L. 3. D. *de In integr. rest.* Dieser Grund kann ein doppelter seyn, indem er

entweder in der Person Dessen zu suchen ist, welcher die Restitution verlangt, wie dieß z. B. bey Minderjährigen Statt findet, oder in der Beschaffenheit des Geschäftes, gegen welches restituirt werden soll, wie wenn Jemand zur Abschließung desselben gezwungen worden ist. Endlich

5) daß die restitutio in integrum von der competenten Obrigkeit verfügt werde: L. 2. C. *Ubi et apud quem cognit. in integr. rest.*

§. 169.

c. Verfahren.

Da die restitutio in integrum ein nach strengem Rechte gültiges Geschäft voraussetzt, welches durch sie wieder aufgehoben werden soll, so kann sie in der Regel sich nicht von selbst verstehen, sondern der Verletzte muß darum ansuchen. Dieß kann aber unter einer doppelten Form geschehen:

1) durch eine bloße imploratio magistratus, welche dann hinreicht, wenn der Ansuchende keinen Gegner hat, welcher ihm die Restitution streitig machen könnte, wie dieß z. B. der Fall ist, wenn ein Minderjähriger eine Erbschaft ausgeschlagen, sich aber, so lange dieselbe noch nicht einem Andern zugesprochen worden ist, gegen die Ausschlagung restituiren läßt: L. 24. §. 2. D. *de Minorib.*

2) durch ein Rechtsmittel, welches stets erforderlich wird, wenn der Ansuchende einen Gegner hat: L. 9. §. 3. D. *Quod met. caus.* und welches zuweilen auch unter dem Namen der restitutio selbst vorkommt. Dieses Rechtsmittel kann aber von doppelter Art seyn:

a. actio (Klage): wenn der Verletzte das Geschäft, gegen welches er um Restitution ansucht, bereits erfüllt hat. Auf eine solche Klage wird nun entweder ein wirkliches Verfahren zwischen den Partheyen eingeleitet, oder, wenn die iusta caussa restitutionis bereits klar ist, breui manu restituirt, d. h. ohne daß man den Gegner des Verletzten erst darüber hört, welches Letztere besonders bey Versäumnissen im Processe vorkommt.

b. exceptio (Einrede): wenn das fragliche Geschäft noch nicht erfüllt ist, der Verletzte aber auf Erfüllung desselben belangt wird, oder auf irgend eine Weise wieder in den Besitz derjenigen

Sache gekommen ist, welche den Gegenstand des fraglichen Geschäftes ausmachte.

Völlig unbegründet ist aber der von den Glossatoren erfundene Unterschied zwischen einem iudicium *rescindens*, durch welches die Obrigkeit die Restitution verfügt habe, und *rescissorium*, durch welches der Verletzte erst in den Stand gesetzt worden sey, seine ihm durch die Restitution zurückgegebenen Rechte wirklich zu verfolgen. Von einer solchen Trennung des Restitutions-Verfahrens in zwey Theile ist in den Quellen nirgends eine Spur zu finden und eben so wenig liegt sie in der Natur der Sache.

§. 170.

d. Zeit.

Die Zeit, innerhalb welcher der Verletzte um die restitutio in integrum ansuchen muß, richtet sich nach der Form, unter welcher das Ansuchen erfolgt. Geschieht es unter der Form der bloßen Imploration oder unter der Form der Klage, so ist nach Justinianeischem Rechte ein quadriennium ratione initii et cursus *continuum* (§. 120. u. 121.) vorgeschrieben: L. vlt. C. *de Temp. in integr. rest.*, dergestalt, daß innerhalb dieser Zeit nicht nur das Gesuch vorgetragen, sondern auch darüber entschieden seyn muß. Diese vierjährige Frist beginnt bey Minderjährigen mit der erlangten Volljährigkeit, bey Abwesenden im Augenblicke ihrer Rückkehr, in allen übrigen Fällen aber gleich nach der erhaltenen Verletzung: arg. L. vlt. *cit.* — Eine Ausnahme von dieser letztern Regel machen die Kirchen und milden Stiftungen. Diese erfreuen sich nämlich der Rechte, welche den Minderjährigen zustehen. Da sie nun aber niemals volljährig werden, so muß man in jedem einzelnen Falle den Zeitpunkt einer fingirten Volljährigkeit auf den Augenblick stellen, in welchem sie Wissenschaft von der ihnen zugefügten Verletzung erhalten haben, sich also im Stande befinden, ihre Rechte zu verfolgen. Daher ist nach der richtigern Meynung das quadriennium restitutionis in integrum, welches den Kirchen und milden Stiftungen läuft, ein *vtile* ratione initii, *continuum* ratione cursus. Vgl. auch: c. 2. *de Rest. in integr. in VI.* —

Wenn aber die restitutio in integrum unter der Form der Einrede nachgesucht wird, so kann natürlich keine bestimmte Zeit vorgeschrieben seyn, weil eine exceptio nicht eher Platz er-

greift, als bis eine Klage erhoben worden ist, welcher sie entgegengestellt wird. Daher kann der Verletzte unter der Form der Einrede jederzeit dann Restitution verlangen, wenn er auf Erfüllung des Geschäftes verklagt wird: L. 5. §. 6. D. *de Doli mal. et met. except.*

§. 171.

c. Wirkung.

Wenn ein Restitutions-Gesuch bey der competenten Obrigkeit angebracht worden ist, so darf vor der zu erwartenden Entscheidung keine Aenderung in der Sachlage vorgenommen werden: L. vn. C. *In integr. rest. postulata ne quid noui fiat,* und wird dasselbe abgeschlagen, so ist ein nochmaliges Anbringen unstatthaft: L. 1. C. *Si saepius in integr. rest. postuletur.* Wenn aber die Obrigkeit dem Suchen Statt gegeben hat, so wird in der Regel Alles auf denjenigen Zustand zurückgeführt, welcher vor dem eingegangenen Geschäfte Statt gefunden hat: L. 24. §. 4. D. *de Minorib.* und ist dieß nicht möglich, so kann in Folge der erhaltenen Restitution auch bloß Entschädigung gefordert werden: L. vlt. §. 1. D. *de V. S.*

Die Wirkung der restitutio in integrum richtet sich aber nach dem Geschäfte, welches durch die Restitution aufgehoben wird, dergestalt, daß, wenn

1) die Erfüllung des Geschäftes in der Uebergabe einer Sache bestanden hatte, diese letztere, sammt allen Früchten und Accessionen zurückgegeben werden muß: L. 24. §. 4. D. *de Minorib.* Weil aber der Zweck der restitutio in integrum lediglich in der Abwendung eines Nachtheiles besteht, welcher aus irgend einem Geschäfte Jemandem erwachsen ist, so ergiebt es sich von selbst, daß durch die Restitution Niemand bereichert werden darf, daß also der Verletzte Alles, was er selbst in Folge des eingegangenen Geschäftes erworben hatte, wieder herausgeben muß: L. vn. pr. u. §. 2. C. *de Reputationib. quae fiunt in iudic. in integr. rest.* So ist nun Der, welcher die Sache zurückbekommt, von seiner Seite verbunden, den etwa erhaltenen Kaufpreis zu restituiren: L. 24. §. 4. D. *de Minorib.* oder nach Befinden den Aufwand zu erstatten, welchen der Gegner indessen bestritten hatte, um die Sache nicht untergehen zu lassen: L. 39. §. 1. D. *eod.*

2) Wenn aber, abgesehen von der Uebergabe einer Sache der Verletzte einem Andern ein dingliches oder persönliches Recht eingeräumt hatte, so wird dieses Recht durch die Restitution wieder aufgehoben und der Verletzte von seiner übernommenen Verbindlichkeit befreyt, so wie auch Derselbe die Rechte zurück erhält, welche er vermöge des Geschäftes aufgegeben hatte: L. vn. §. 1. C. *de Reputationib. quae fiunt in iudic. in integr. rest.*

§. 172.

f. Wem und gegen wen kann die Restitution ertheilt werden?

Die Rechtswohlthat der restitutio in integrum steht aber nicht nur dem Verletzten selbst, sondern auch denjenigen Personen zu, durch welche derselbe vertreten wird. Hierher gehören:

1) die Erben: L. 6. D. *de In integr. rest.*

2) die Cessionarii, nämlich Diejenigen, an die der Verletzte das persönliche Recht, in Hinsicht auf welches er die Restitution verlangen kann, abgetreten hat: L. 24. pr. D. *de Minorib.* und

3) die Bürgen: L. 7. §. 1. D. *de Exceptionib.*

Keineswegs aber kann die restitutio in integrum solchen Personen zu Statten kommen, in deren Auftrage Derjenige gehandelt hat, welcher sich jener Rechtswohlthat erfreut. Wenn z. B. ein Minderjähriger im Auftrage eines Volljährigen ein Geschäft abgeschlossen hat, so kann der Letztere dasselbe nicht etwa deshalb anfechten, weil sein Beauftragter ein Minderjähriger sey. Ein Anderes wäre es, wenn der Minderjährige bey Gelegenheit des Geschäftes für seine Person einen Nachtheil erlitten hätte: L. 23. D. *de Minorib.*

Was aber die Frage betrifft, gegen wen die Restitution ertheilt werden könne, so darf dieß in der Regel nur gegen Denjenigen geschehen, von welchem die Verletzung ausgegangen ist, was die Quellen mit den Worten: restitutio in personam bezeichnen: L. 9. §. 4. D. *Quod met. caus.* Doch giebt es von dieser Regel auch Ausnahmen, in welchen die restitutio in rem seyn, d. h. gegen den dritten Besitzer nachgesucht werden kann:

1) wenn das Recht, welches durch die Restitution wieder aufleben soll, ein dingliches ist. So kann z. B. Der, der zum Besten des Staates abwesend war, sein Grundstück, welches

man indessen gegen ihn verjährt hatte, innerhalb eines Jahres nach seiner Rückkehr durch die actio Publiciana rescissoria von jedem Besitzer desselben zurückfordern: §. 5. Inst. *de Act.*

2) wenn die Klage, welche auf Restitution gerichtet wird, eine actio personalis in rem scripta ist, wie z. B. die bereits oben (§. 26.) erklärte actio Pauliana. Vgl. L. 1. pr. D. *Quae in fraud. creditor.* und

3) wenn zu Gunsten einer bevorrechteten Person die derselben zustehende, bloß persönliche Klage in eine dingliche verwandelt wird. Es hat z. B. ein Minderjähriger ein Grundstück verkauft und ist durch dieses Geschäft verletzt worden. Der Käufer hat aber das Grundstück wieder an einen Dritten veräußert. Hier könnte nun eigentlich der Minderjährige die Restitutionsklage nur gegen seinen Käufer, nicht aber gegen den Dritten anstellen, weil er mit diesem nicht contrahirt hat, demungeachtet gestattet ihm das Gesetz ausnahmweise, den dritten Besitzer auf Herausgabe des Grundstücks zu belangen: L. 13. §. 1. D. *de Minorib.*

Endlich fällt die restitutio in integrum gänzlich hinweg:

1) gegen solche Personen, welchen man eine besondere Ehrerbietung (reuerentia specialis) schuldig ist, wohin die Aeltern und Freylasser gehören, weil man von diesen annimmt, daß sie schon an und für sich nichts vornehmen werden, was ihren Kindern oder Freygelassenen zum Schaden gereichen könnte: L. 2. C. *Qui et aduersus quos in integr. rest. non poss.*

2) in Hinsicht auf einen Verkauf, welchen der Fiscus vorgenommen hat: L. 5. C. *de Fide et iure hastae fiscal.*

3) wenn die außerordentliche Verjährung von 30 oder 40 Jahren entgegensteht: L. 3. u. 4. C. *de Praescript. XXX. vel XL. annor.* — Eine Ausnahme machen auch hier die Kirchen und milden Stiftungen, welche troß dem Ablaufe von 40 Jahren noch innerhalb des Zeitraums von 4 Jahren die Restitution verlangen können: c. vii. Clem. *de Rest. in integr.* Endlich

4) wenn die Restitution bloß deshalb nachgesucht wird, um Jemandem einen Nachtheil, z. B. eine Strafe zuzuziehen: L. 18. D. *Ex quib. caus. maior.* Dieß kann besonders beym Injurien-Processe vorkommen: L. 37. pr. D. *de Minorib.*

§. 173.

g. Einzelne Arten der Restitution.

α. wegen Zwanges.

Der Begriff der vis (des Zwanges) ist hier von größerem Umfange, als in der Lehre von den impedimentis consensus, in welcher nur vis compulsiua vorkommen kann. (§. 129.) In gegenwärtigem Zusammenhange ist aber die vis nicht bloß compulsiua, sondern auch ablatiua, indem die restitutio in integrum nicht bloß Demjenigen zu Theil wird, welcher zur Abschließung eines Geschäftes gezwungen worden ist: L. 9. §. 3. D. *Quod metus caussa gestum erit,* sondern auch Dem, welchem man gewaltsam den Besitz einer Sache entzogen hat: L. 14. §. 5. *eod.* Nach diesen beyden Arten der vis richten sich nun auch die Rechtsmittel, durch welche wegen Zwanges auf Restitution angetragen werden kann. Nämlich

1) wegen der vis ablatiua kann die actio quod metus caussa angestellt werden: L. 9. §. 6. *eod.* Diese Klage ist eine actio personalis in rem scripta: L. *cit.* §. 8. in fin. *eod.*, indem sie nicht nur gegen den Zwingenden selbst und gegen dessen Erben, soweit dieselben Nutzen davon gezogen haben: L. 16. §. 2. *eod.*, sondern auch gegen den dritten Besitzer der abgezwungenen Sache, selbst wenn dieser von dem angewendeten Zwange keine Wissenschaft hat, angestellt werden kann: L. 14. §. 5. *eod.* Sie wird heut zu Tage nur auf Herausgabe der Sache sammt Früchten und Accessionen (restitutio cum omni caussa) gerichtet: L. 12. pr. *eod.*, denn die poena quadrupli, auf welche nach R. R. diese Klage dann angestellt werden konnte, wenn sich der Beklagte nicht dem ersten richterlichen Ausspruche unterwarf: L. 14. §. 1. *eod.* kann jetzt nicht mehr vorkommen, weil das heutige Recht keine Privatstrafen kennt. Dafür mußte aber auch, nach Vorschrift des eben erwähnten Gesetzes, die Klage auf das Vierfache binnen Jahresfrist, nach neuerem Rechte innerhalb vier Jahren, angestellt werden, dahingegen die Klage, welche auf Herausgabe der Sache gerichtet wird, dreyßig Jahre dauert: L. 21. §. 1. *eod.* Hier sagt Paulus: „quod metus caussa gestum erit, *nullo tempore* praetor ratum habebit." Also steht dieser Klage nur die gewöhnliche, erstinctive Verjährung entgegen. — Haben mehrere Personen zugleich sich der Verletzung schuldig gemacht, so haften

sie in solidum, d. h. es kann ein **Jeder** derselben auf den Betrag des **Ganzen** in Anspruch genommen werden: L. 14. §. 15. *eod.*, jedoch dergestalt, daß, wenn Einer von ihnen bereits verklagt worden ist, die Uebrigen bloß noch für Dasjenige verantwortlich bleiben, was der Kläger von Jenem nicht erhalten konnte: L. 15. *eod.*

2) Wegen der vis compulsiua aber kann man von **zwey** Rechtsmitteln Gebrauch machen, nämlich entweder von der bereits erklärten *actio* quod metus caussa, oder von der *exceptio* quod metus caussa.

a. Die actio quod metus caussa kann dann angestellt werden, wenn der Verletzte auf Wiederherstellung derjenigen Rechte anträgt, welche er gezwungener Weise aufgegeben hatte: L. 9. §. 4. *eod.* Wenn z. B. Jemand gezwungen worden ist, eine Erbschaft auszuschlagen, so kann er sich der actio quod metus caussa gegen den Zwingenden bedienen, damit ihm dieser seine erbschaftlichen Rechte zurückgebe: L. 21. §. 6. *eod.* oder wenn Jemand gezwungen wurde, den Rechten zu entsagen, welche er aus einem Contrakte erworben hatte, so kann er mit derselben Klage die Wiederherstellung dieser Rechte verlangen: L. *cit.* §. 4. *eod.*

b. Die exceptio quod metus caussa findet aber dann Statt, wenn der Verletzte aus einem Geschäfte belangt wird, zu dessen Abschließung er gezwungen worden war: L. 9. §. 3. *eod.* Dieses Rechtsmittel setzt voraus, daß das fragliche Geschäft zwar eingegangen, aber von Seiten des Verletzten noch nicht erfüllt ist und der Letztere befreyt sich nun dadurch von der Nothwendigkeit, Dasjenige zu leisten, was er gezwungener Weise versprochen hatte. — Diese exceptio ist ebenfalls in rem scripta, weil sie nicht nur Demjenigen, welcher den Zwang verübt hatte, sondern auch jedem Dritten, z. B. dem cessionarius, der aus dem erzwungenen Geschäfte klagt, entgegengestellt werden kann: L. 4. §. 33. D. *de Doli mali et met. except.*

§. 174.

β. Restitution wegen der Arglist.

αα. Actio de dolo malo.

Wenn wegen der **Arglist** die restitutio in integrum eintreten soll, so muß sie 1) dolus *dans caussam negotio* seyn, weil wegen des dolus *incidens* niemals die Aufhebung des Geschäftes ver-

langt, sondern nur auf Schadenersatz geklagt werden kann (§. 130.) und 2) eine Verletzung bewirkt haben, welche wenigstens zwey aureos beträgt: L. 10. D. *de Dolo malo.*

Um nun wegen des dolus malus die restitutio in integrum zu erlangen, kann man von zwey Rechtsmitteln Gebrauch machen, nämlich von der actio de dolo malo und von der exceptio doli.

Ueber die Natur der actio de dolo malo sind folgende Grundsätze zu merken:

1) sie steht sowohl dem Betrogenen selbst, als dessen Erben zu: L. 13. pr. *eod.* und ist auf Wiedererstattung der durch dolus entzogenen Sache, sammt Früchten und Accessionen, oder, wenn eine solche Restitution unmöglich ist, auf Schadenersatz gerichtet: L. 18. pr. §. 1. u. 4. *eod.*

2) Doch handelt es sich bey dieser Klage nicht immer um Wiedererstattung einer Sache, sie kann vielmehr auch auf Wiederherstellung persönlicher Rechte abzwecken, welche durch den dolus eines Andern verloren gegangen waren: L. 1. §. 7. *eod.* Es ahmt z. B. ein betrüglicher Schuldner die Hand eines Dritten nach und schreibt im Namen desselben an seinen Gläubiger einen Brief, in welchem sich der Dritte anheischig macht, die Schuld auf sich zu nehmen. Der Gläubiger entläßt demgemäß den Schuldner seiner Verbindlichkeit, kann aber, nach falsch erfundenem Briefe, mittelst der actio de dolo malo verlangen, daß die Schuldforderung wieder hergestellt werde: L. 38. *eod.*

3) Sie kann bloß gegen Den angestellt werden, welcher den Betrug verübt hat, keinesweges aber gegen den dritten Besitzer, ist also keine actio in rem scripta: L. 4. §. 33. D. *de Doli mali et met. except.* Vgl. auch: L. 15. §. 3. D. *de Dolo malo.* — Gegen die Erben des Betrügers findet nicht die actio de dolo malo, sondern nur eine actio in factum wegen Desjenigen Statt, was sie durch den Betrug ihres Erblassers gewonnen haben: L. 17. §. 1. *eod.* Der Grund hiervon ist darin zu suchen, daß die actio de dolo malo

4) eine actio famosa ist, welche die Folge hat, daß der geständige und überführte Betrüger mit der infamia iuris belegt wird: L. 1. §. 4. *eod.* Darum kann diese Klage auch nur gegen die schuldige Person angestellt werden und ist bloß in subsidium zulässig, wenn dem Betrogenen kein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht. Daher heißt es in dem angeführten Gesetze: „ait

praetor: si de his rebus alia actio non erit" und aus derselben Ursache darf die actio de dolo malo nicht gegen solche Personen angestellt werden, welchen man eine besondere Ehrerbietung schuldig ist, wie gegen Aeltern, Freylasser und Vorgesetzte, gegen welche bloß eine actio in factum zulässig ist, so wie sie auch nicht von anerkannt verächtlichen Personen gegen rechtliche Leute gebraucht werden darf: L. 11. *eod.*

5) Wenn sich mehrere Personen zugleich des dolus schuldig gemacht haben, so haften sie dafür in solidum, ganz in derselben Weise, wie bey der actio quod metus caussa: L. 17. pr. *eod.* (Vgl. §. 173. 1.)

6) Weil aber die actio de dolo malo die vorhin erwähnte, höchst nachtheilige Wirkung auf die Ehre des Beklagten hervorbringt, so hat das Gesetz für die Anstellung dieser Klage eine kürzere Zeit eingeführt, als den Restitutionsklagen in der Regel vorgeschrieben ist, nämlich die Zeit von zwey Jahren, welche vom Augenblicke des verübten Betruges an gerechnet werden muß. Zudem soll binnen dieser Zeit nicht nur die Klage angestellt, sondern auch die in Folge derselben anhängig gewordene Rechtssache entschieden seyn: L. vlt. C. *eod.* Nach Abfluß dieser zwey Jahre kann bloß noch die actio in factum Platz ergreifen, welche eine actio perpetua ist, mithin im Ganzen dreyßig Jahre dauert und also bloß der gewöhnlichen, erstinctiven Verjährung unterworfen ist: L. 28. u. 29. *eod.*

§. 175.

ββ. Exceptio doli.

Dieses Rechtsmittel kommt in einem weitern und in einem engern Sinne vor: L. 36. D. *de Verb. oblig.* Doch gehört nur die letztere Bedeutung in den gegenwärtigen Zusammenhang.

1) Im weitern Sinne wird diese Einrede auch exceptio doli generalis genannt und ist gleichbedeutend mit exceptio facti, nämlich einer solchen, die Jedem entgegengestellt werden kann, welcher eine Klage erhebt, die zwar dem strengen Rechte, nicht aber der Billigkeit gemäß ist. Daher sagt die L. 12. D. *de Doli mali et met. except.* „qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est." Bey dieser Exception wird also nicht erfordert, daß der Kläger sich bey Abschließung des Geschäftes, aus welchem er die Klage anstellt,

einen dolus zu Schulden gebracht habe, sondern sein dolus liegt darin, daß er einen Anspruch macht, der ihm nach Gründen der Billigkeit nicht zusteht. Darum heißt es in der L. 2. §. 5. *eod.* „quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit, nam etsi inter initia nihil dolo malo fecit, attamen *nunc petendo* facit.“ Ein Beyspiel dürfte die exceptio non numeratae pecuniae seyn. Wenn nämlich Jemand einem Andern ein Darlehn versprach und sich über dasselbe eine Verschreibung geben ließ, die betreffende Geldsumme aber nicht ausantwortete und nun aus jener Verschreibung klagt, so wird ihm die erwähnte Einrede entgegengestellt, welche ihrer Natur nach nichts Anderes, als eine exceptio doli generalis ist: L. 3. C. *de Non num. pecun.*

2) Im engern Sinne ist aber die exceptio doli auf den Fall zu beschränken, daß Der, welcher durch Betrug zu Abschließung eines Geschäftes verleitet worden ist, auf Erfüllung des letztern belangt wird: L. 2. pr. u. §. 1. D. *de Doli mali et met. except.* Dieses Rechtsmittel steht einem Jeden zu, welcher durch den Betrug verletzt worden ist, mithin nicht nur dem Betrogenen und dessen Erben, sondern auch den Bürgen desselben: L. 7. §. 1. D. *de Exceptionib.*, kann jedoch in der Regel nur Dem, welcher den Betrug verübt hat, nicht aber einem Dritten entgegengestellt werden: L. 2. §. 1. D. *de Doli mali et met. except.*, ausgenommen:

α. einem pupillus oder curandus, wenn der Vormund oder curator arglistig gehandelt und Jene Nutzen davon gezogen haben: L. 4. §. 23. u. 25. *eod.*

β. Demjenigen, welcher das vermeyntliche Recht des Betrügers titulo lucrativo, wie durch Vermächtniß oder Schenkung, erworben hat: L. *cit.* §. 29. und

γ. Dem, welcher dasselbe zwar titulo oneroso, wie durch Kauf, an sich gebracht hat, es aber nicht in seinem eigenen Namen, sondern im Namen seines Vorgängers geltend machen will: L. *cit.* §. 27.

§. 176.

Restitution gegen arglistige Veräußerung.

Eine besondere Gattung der restitutio propter dolum bildet die Restitution wegen arglistiger Veräußerung, welche letztere von doppelter Art seyn kann:

1) *Alienatio iudicii mutandi caussa facta*: qua quis rem aliquam, ante litis contestationem, in tertium eo consilio transfert, vt actor vel plane non, vel saltim difficilius finem suum adsequi possit. Diese Veräußerung setzt stets eine Arglist voraus, mittelst welcher Jemand, um sich einer bevorstehenden Klage zu entziehen, eine Sache auf eine andere Person überträgt, damit der Kläger seinen Zweck entweder gar nicht, oder doch nur mit Schwierigkeiten erreichen solle: L. 1. pr. D. *de Alienat. iud. mut. caus. facta.* Dieß findet z. B. Statt, wenn die Sache an den Einwohner einer entfernten Provinz veräußert wird, weil sich der Kläger, um die Sache selbst zu bekommen, an den Richter des gegenwärtigen Besitzers wenden muß: L. *cit.* §. 1. u. L. 3. pr. *eod.*

Die Restitutionsklage, welche hieraus entspringt, ist eine actio in factum, die von dem Verletzten und dessen Erben gegen Den, welcher die Veräußerung vorgenommen hat, nicht aber gegen dessen Erben oder einen Dritten angestellt werden kann: L. 4. §. 6. u. L. 5. *eod.* und auf das id, quod interest, d. h. auf Ersatz desjenigen Schadens gerichtet wird, welcher dem Verletzten durch die Veräußerung zugefügt worden ist: L. 3. §. 4. *eod.*

Aber diese ganze Restitution ist, soweit sie einem Eigenthümer zusteht, dessen Sache dolose veräußert wurde, überflüssig geworden, weil in neuerer Zeit der Veräußernde zur Strafe als fictus possessor angesehen und daher gültiger Weise mit der rei vindicatio belangt wird: L. 27. §. 3. D. *de Rei vind.* — Ein Nichteigenthümer kann sich aber allerdings auch noch im neuern R. R. jener Restitutionsklage bedienen. Es hat z. B. mein Nachbar auf seinem Grundstücke eine Vorrichtung gemacht, durch welche dem meinigen eine Ueberschwemmung droht. Hier habe ich das Recht, mit der actio aquae pluviae arcendae darauf anzutragen, daß der Nachbar jene Vorrichtung auf seine Kosten wieder wegnehme: L. 1. §. 2. D. *de Aqua et aqu. pluv. arc.* Der Nachbar aber, um sich dieser Klage zu entziehen, veräußert das Grundstück und läßt die Vorrichtung stehen. Jetzt bin ich, dem neuen Eigenthümer gegenüber, gezwungen, die Vorrichtung auf meine Kosten zu beseitigen und kann deshalb mit der actio in factum die Restitution gegen meinen frühern Nachbar verlangen: L. 3. §. 2. D. *de Alienat. iud. mut. caus. facta.*

2) *Alienatio in fraudem creditorum facta.* Unter Veräußerung ist in diesem Zusammenhange nicht bloß das Verkaufen

oder Verschenken zu verstehen, sondern jede Handlung des Schuldners, durch welche derselbe an den Tag legt, daß er irgend ein Recht aufgebe, welches ihm bis jetzt zustand. Hierher gehört also auch die derelictio: L. 5. D. *Quae in fraudem creditorum facta sunt, vt restituantur,* die Manumission von Sclaven: L. 15. D. *eod.*, die Nichtausübung oder der absichtlich herbeygeführte Verlust von Servituten, besonders des vsusfructus: L. 3. §. 1. u. L. 4. *eod.* oder auch die Befreyung der Schuldner von ihren Verbindlichkeiten: L. 3. §. 1. *eod.*

Soll nun gegen eine solche Veräußerung die restitutio in integrum Platz ergreifen, so wird erfordert:

a. daß nicht bereits Concurs zu den Gütern des Schuldners ausgebrochen sey, denn eine Veräußerung, welche der Schuldner nach eröffnetem Concurse vorgenommen hat, wird als nicht geschehen betrachtet und ist ipso iure null und nichtig, weshalb es denn auch in diesem Falle keiner Restitution bedarf: §. 6. Inst. *de Actionib.*

b. eine wirkliche Veräußerung, durch welche das Vermögen des Schuldners vermindert worden ist. Wenn also der Schuldner bloß eine Gelegenheit zur Vermehrung seines Vermögens unbenutzt gelassen, wie z. B. wenn er eine Erbschaft oder ein Legat ausgeschlagen hat, so können die Gläubiger keine Restitution verlangen: L. 6. pr. §. 1. u. 2. D. *Quae in fraud. creditor.*

c. daß der Schuldner die Veräußerung dolose vorgenommen habe, nämlich in der Absicht, die Forderungen seiner Gläubiger zu vereiteln: L. 17. §. 1. *eod.* Eine solche Absicht kann aber dem Schuldner nicht untergelegt werden, wenn er einem seiner Gläubiger Zahlung geleistet oder irgend eine Sache an Zahlungs Statt abgetreten hat: L. 6. §. 7. *eod.* es müßte denn bewiesen werden können, daß er dieß gethan habe, um einem Gläubiger vor dem andern einen Vortheil zu verschaffen: L. 24. *eod.* und

d. daß durch die Veräußerung den Gläubigern auch wirklich ein Nachtheil zugefügt worden sey: L. 10. §. 1. *eod.*

Die Rechtsmittel aber, deren sich die Gläubiger zum Zwecke dieser Restitution bedienen können, sind doppelt, nämlich ein petitorisches: die actio Pauliana: L. 38. §. 4. D. *de Vsur.* und ein possessorisches: das interdictum fraudatorium: L. 67. §. 1. u. 2. D. *Ad SC. Trebell.* Diese beyden Rechtsmittel

unterscheiden sich bloß dadurch, daß die actio Pauliana in allen Fällen der vom Schuldner vorgenommenen, arglistigen Veräußerung angestellt werden kann, das interdictum fraudatorium aber nur dann, wenn die wirkliche Uebertragung einer Sache von Seiten des Schuldners auf einen Dritten Statt gefunden hat und die Gläubiger sich, ohne eine andere Rücksicht, bloß den Besitz dieser Sache verschaffen wollen.

Was nun aber in's Besondere die actio Pauliana betrifft, so ist dieselbe eine actio personalis in rem scripta (§. 26.),[1] weil sie nicht nur gegen den Schuldner selbst: L. vlt. §. vlt. *Quae in fraud. creditor.*, sondern auch gegen den Dritten angestellt werden kann, insofern dieser entweder fraudis conscius, also mit dem Schuldner einverstanden war: L. 6. §. 8. *eod.* oder doch die fragliche Sache titulo lucratiuo von demselben bekommen hatte: L. *cit.* §. 11. Auch kann diese Klage eben so wohl von den Erben des Gläubigers, als gegen die Erben des Schuldners oder des Dritten angestellt werden: L. 10. §. vlt. *eod.*

Die Klage selbst wird auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gerichtet, so daß also, wenn der Schuldner eine Sache veräußert hatte, diese mit allen Früchten und Accessionen herausgegeben: L. 10. §. 19. u. 20. *eod.*, wenn er aber einen Schuldner seiner Verbindlichkeit entlassen hatte, die Forderung wieder hergestellt werden muß: L. *cit.* §. 22. Ja, selbst gegen den Bürgen des entlassenen Schuldners kann die Klage angestellt werden, wenn derselbe an dem Betruge Theil genommen hatte: L. 25. pr. *eod.*

§. 177.

γ. Restitution wegen Irrthums.

Diese Art der Restitution muß folgenden Erfordernissen entsprechen:

1) Der Verletzte muß sich bey Abschließung des fraglichen Geschäftes in einem error inuincibilis, substantialis (§. 134.) befunden haben: §. 33. Inst. *de Actionib.*

2) das Geschäft selbst darf nicht wegen des Irrthums ipso iure null und nichtig seyn: L. 16. §. 3. D. *de Minorib.*

3) es muß kein ordentliches Rechtsmittel geben, wodurch das Geschäft angefochten werden könnte: L. 16. pr. D. *eod.* und

4) der Irrthum muß für den Verletzten einen **wesentlichen Nachtheil** herbeygeführt haben: L. 4. D. *de In integr. rest.*

Die restitutio wegen Irrthums ist zwar allerdings im prätorischen Edicte begründet: L. 2. D. *eod.*, aber nur im Allgemeinen, so daß man die Natur derselben aus einzelnen Beyspielen entnehmen muß, von welchen folgende die vornehmsten sind:

1) die Restitution derjenigen Personen, welche sich mit error *iuris* entschuldigen können (§. 133.),

2) die Restitution Dessen, welcher sich aus Irrthum eine plus petitio zu Schulden gebracht, d. h. in seiner Klage **mehr** gefordert hatte, als wozu er berechtigt war und wegen welcher man in der Regel seines Anspruches verlustig gieng. Hatte nun z. B. Jemand ein Vermächtniß ausgesetzt bekommen und auf Ausantwortung des **Ganzen** geklagt, weil er nicht wußte, daß durch eine spätere Verfügung des Erblassers ein Theil des Legates wieder zurückgenommen worden war, so wurde er wegen dieses Irrthums gegen die nachtheiligen Folgen der plus petitio restituirt: §. 33. Inst. *de Actionib.*

3) wenn Jemand mit einer Person contrahirt, welche er aus Irrthum für einen Vormund und also für berechtigt hielt, im Namen des pupillus Geschäfte abzuschließen: L. 1. §. 6. D. *Quod falso tutore auct. gest. esse dic.* und

4) wenn ein Erbe seine eigenen Gläubiger nicht befriedigen kann, so steht den Gläubigern des Erblassers das ebenfalls vom Prätor eingeführte beneficium separationis zu, kraft dessen sie eine Trennung der Erbschaft von dem Vermögen des Erben verlangen und darauf antragen können, daß sie, hinsichtlich ihrer Forderungen aus der Erbschaft, **vor** den Gläubigern des Erben vollständig befriedigt werden. Haben sie sich aber dieser Rechtswohlthat einmal bedient, so können sie späterhin das eigene Vermögen des Erben nicht mehr in Anspruch nehmen, sie müßten denn auf glaubhafte Weise darthun, daß sie durch einen **verzeihlichen Irrthum** bewogen worden wären, auf Separation anzutragen, welchen Falls ihnen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Theil wird: L. 1. §. 17. D. *de Separationib.*

§. 178.

δ. Restitution wegen minderjährigen Alters.

αα. Erfordernisse:

Die Restitution eines Minderjährigen, d. h. Dessen, welcher das 25ste Jahr seines Alters noch nicht vollständig zurückgelegt hat: L. 3. §. 3. D. *de Minorib.* kann nur dann eintreten, wenn das Rechtsgeschäft, durch welches der Minderjährige verletzt wurde, nach strengem Rechte gültig, also wenn es entweder unter Genehmigung des Vormundes abgeschlossen worden oder ein solches ist, welches der Minderjährige allein und für sich selbst eingehen darf: L. 2. C. *Si tutor vel cur. interuen.* Denn wenn der Minderjährige ein Geschäft, zu dessen Gültigkeit der Beytritt des Vormundes erfordert wird, ohne diesen abgeschlossen hat, so ist dasselbe ipso iure ungültig und es bedarf hier keiner Restitution: L. 16. pr. D. *de Minorib.*

Gegen gültige Rechtsgeschäfte wird aber der Minderjährige dann restituirt, wenn ihm durch dieselben ein wirklicher Nachtheil erwachsen ist, es möge nun derselbe in einem positiven Verluste, oder in dem Wegfall eines Gewinnes oder endlich in der ungehörigen Uebernahme einer Verpflichtung bestehen: L. 44. *eod.* Auch kommt es nicht darauf an, ob jener Nachtheil durch die Fahrlässigkeit des Vormundes: L. 3. C. *Si tutor vel cur. interuen.* oder des Minderjährigen selbst: L. 44. D. *de Minorib.* herbeygeführt worden sey, nur dürfen sich Beyde nicht in dolo befinden: L. 9. §. 2. *eod.* und L. 4. §. 23. u. 25. *de Doli mali et met. except.*

Nach Analogie der Minderjährigen wird aber die restitutio in integrum auch folgenden Personen verwilligt:

1) denjenigen Volljährigen, welche einen Curator haben: arg. L. 1. pr. D. *de Minorib.* u. arg. L. 3. C. *de In integr. rest. minor.*

2) dem Staate, mithin dem Fiscus: L. 3. C. *de Iure reipubl.* u. L. 1. C. *de Officio eius, qui vicem alicuius iud.*

3) den Kirchen und milden Stiftungen: c. 1—3. X. *de In integr. rest.* c. 1. u. 2. *de Rest. in integr. in VI.* und c. un. *Clem. eod.* — Endlich nach der Praxis:

4) allen moralischen Personen, wie z. B. den städtischen Gemeinheiten.

§. 179.

ββ. Subjecte und Wirkung.

Es giebt keine besondere Klage, mit welcher die Restitution der Minderjährigen nachgesucht werden kann, sondern dieselbe erfolgt auf bloße Imploration, auch pflegt, vorzüglich bey Versäumnissen im Processe, breui manu restituirt zu werden. (§. 169.) Die auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gerichtete Imploration kann aber nicht nur von dem Verletzten selbst ausgehen, sondern auch

1) von dessen Erben, selbst wenn diese volljährig sind: L. 18. §. 5. D. *de Minorib.* Doch müssen die Erben gleich nach Antritt der Erbschaft um die Restitution ansuchen: L. 5. §. 3. C. *de Temporib. in integr. rest.*

2) von den Bürgen des Minderjährigen: L. 51. pr. D. *de Procuratorib.*, sie müßten denn ausdrücklich für den Fall eingetreten seyn, daß der Minderjährige von seinen Altersvorrechten Gebrauch machen würde. Nämlich dann findet keine fideiussio mehr Statt, sondern eine expromissio euentualis, bey welcher der intercedens als Selbstschuldner betrachtet werden muß und

3) von denjenigen volljährigen Personen, welche in Verbindung mit dem Minderjährigen ein ihnen nachtheiliges Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen haben, dafern nur dieses Geschäft eine res indiuidua, ein untheilbares Rechtsverhältniß betrifft, wie z. B. wenn ein Minderjähriger und ein Volljähriger Miteigenthümer eines Landgrundstückes sind, welchem die seruitus viae zusteht, diese letztere aber während der gesetzlichen Verjährungszeit nicht ausgeübt worden ist, mithin nach der Regel des Rechts verloren seyn würde, so kommt dem volljährigen Miteigenthümer die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eben so zu Statten, wie dem Minderjährigen selbst: L. 10. pr. D. *Quemadm. seruit. amitt.* Ist aber das Rechtsverhältniß ein theilbares; wie dieß z. B. der Fall ist, wenn die erwähnten Personen zusammen als Käufer aufgetreten sind, so kann dem volljährigen Contrahenten die Restitution niemals zu Statten kommen: L. vn. C. *Si in communi eademque caus. rest.*

Was aber die Personen betrifft, gegen welche diese Restitution ertheilt werden kann, so sind dieß in der Regel nur die, mit welchen der Minderjährige contrahirt hat, so wie deren Erben:

L. 6. u. 7. C. *de In integr. rest. minor.*, keinesweges aber der dritte Besitzer, es müßte denn entweder derselbe in mala fide seyn, oder der Minderjährige seinem Schaden auf keine andere Weise beykommen können. Es hat z. B. ein Minderjähriger ein Grundstück zu seinem Nachtheile verkauft und der Käufer hat dasselbe wiederum an einen Dritten veräußert. Hier fragt sich's, ob dieser Dritte die obwaltenden Umstände gekannt hat, in welchem Falle der Minderjährige ohne Weiteres die Herausgabe der Sache von ihm verlangen kann, oder ob er mit jenem Verhältnisse unbekannt war und hier ist zu unterscheiden, ob der erste Käufer zahlungsfähig ist, oder nicht. In jenem Falle kann der Minderjährige nur seinen Contrahenten belangen, in letzterem hingegen den dritten Besitzer: L. 13. §. 1. D. *de Minorib.*

Die Wirkung dieser Restitution zeigt sich darin, daß das ganze Geschäft, aus welchem dem Minderjährigen ein Nachtheil erwachsen ist, wieder aufgehoben wird und der Gegner des Letztern gehalten ist, Alles, was er in Folge des Geschäftes empfangen hat, zurückzugeben, dahingegen der Minderjährige nur Das zu erstatten braucht, wodurch er bereichert worden ist: L. 27. §. 1. *eod.*

§. 180.

γγ. Wegfall.

Die Restitution der Minderjährigen fällt aber weg:

1) wenn dem Minderjährigen die außerordentliche Verjährung von 30 Jahren entgegensteht: L. 5. C. *In quib. caus. in integr. rest. necess. non est.*

2) wenn das fragliche Geschäft zwar in die Zeit der Minderjährigkeit fällt, aber nach der vom Landesherrn ertheilten venia aetatis (Volljährigkeits-Erklärung) abgeschlossen worden ist: L. 1. C. *de His, qui veniam aetat.*

3) wenn seit der erlangten Volljährigkeit oder ertheilten venia aetatis bereits vier Jahre abgeflossen sind: L. 5. pr. C. *de Temporib. in integr. rest.*

4) in fauorem libertatis: gegen die Manumission eines Sclaven: L. 3. u. 4. C. *Si aduersus libertat.*

5) wenn der Minderjährige nach erlangter Volljährigkeit das fragliche Geschäft genehmigt hat: L. 2. C. *Si maior factus rat. hab.*

6) wenn der Minderjährige das von ihm eingegangene Geschäft eidlich bekräftigt hat: Auth. *Sacramenta puberum* C. *Si aduersus vendit.*

7) gegen eine von dem Minderjährigen bereits geschlossene Ehe: c. 9. X. *de Desponsat. impub.*

8) wenn der Minderjährige seiner Ehefrau eine donatio propter nuptias bestellt hat: L. 1. C. *Si aduers. donat.*

9) gegen das Ausschlagen einer Erbschaft, insofern diese bereits auf rechtmäßige Weise in andere Hände übergegangen ist: L. 24. §. 2. D. *de Minorib.*

10) gegen eine Zahlung, welche von dem Schuldner des Minderjährigen unter Genehmigung der Obrigkeit an den Vormund geleistet worden ist: L. 25. C. *de Administrat. tutor.* und

11) wenn der Gegner des Minderjährigen selbst ein solcher ist. Hier tritt nämlich der Grundsatz ein: priuilegiatus contra aeque priuilegiatum iure suo non vtitur. L. 11. §. 6. D. *de Minorib.* Doch kann auch in diesem Falle Restitution Statt finden, insofern der minderjährige Gegner durch das Geschäft bereichert worden ist: L. 34. pr. *eod.*

§. 181.

ε. Restitution wegen Abwesenheit.

Unter Abwesenheit ist in dieser Lehre sowohl die absentia vera, als ficta, z. B. der Wahnsinnigen: L. 124. §. 1. D. *de R. I.*, zu verstehen, keinesweges aber die absentia ordinaria, sondern nur die extraordinaria, denn wegen der ordinaria, welche hinsichtlich der Verjährung zur Sprache kommt, ist für den Verletzten durch Verdoppelung der Verjährungszeit gesorgt. Vgl. überhaupt: §. 125.

Die Restitution wegen Abwesenheit ist die älteste, die der Prätor ertheilt hat. Er führte sie zu Gunsten Desjenigen ein, welcher zum Besten des Staates abwesend war und dessen Sache während seiner Abwesenheit Jemand verjährt hatte: §. 4. Inst. *de Actionib.* Vgl. auch §. 115.

Hiernach hat sich nun folgende Lehre ausgebildet. Diese Restitution kann ein Jeder verlangen, welcher einen Nachtheil an seinem Vermögen erlitten oder noch zu erleiden hat, weil er durch eigene oder fremde Abwesenheit verhindert wurde, seine Rechte

geltend zu machen: L. 7. pr. D. *de In integr. rest.* u. L. 1. §. 1. D. *Ex quib. caus. maior.* Nur wird vorausgesetzt, daß durch eine solche Restitution den Rechten dritter Personen kein Eintrag geschieht: L. 18. *eod.* Die Abwesenheit aber, welche zu dieser Restitution Veranlassung giebt, ist:

1) die eigene Abwesenheit des Verletzten. Wenn diese

a. eine absentia *necessaria* ist, so wird der Verletzte, dafern der Grund seiner Abwesenheit ein lobenswerther oder gleichgültiger war, stets restituirt: L. 26. §. 9. *eod.* er müßte denn einen Bevollmächtigten zurückgelassen haben, an welchen er sich in diesem Falle halten muß, ohne auf Restitution Anspruch machen zu können: L. 39. *eod.* War aber der Grund der Abwesenheit ein tadelnswerther, so kann die Restitution nur dann eintreten, wenn der Verletzte beweist, daß der Mangel eines Bevollmächtigten nicht seiner Nachlässigkeit zuzuschreiben sey: L. 40. *eod.* Wenn aber die Abwesenheit

b. eine absentia *voluntaria* ist, so wird der Verletzte nur dann restituirt, wenn der Grund der Abwesenheit ein lobenswerther war und der Verletzte zwar einen Bevollmächtigten zurückgelassen hat, dieser aber mit Tode abgieng oder aus einer andern Ursache nicht thätig seyn konnte: L. 28. pr. *eod.*

2) Die Abwesenheit des Gegners, von welcher Art sie auch sey, bewirkt stets eine Restitution, vorausgesetzt, daß der Letztere keinen Bevollmächtigten hatte: L. 21. §. 2. *eod.*

Um nun die Restitution wegen Abwesenheit zu erlangen, giebt es zwey Rechtsmittel:

1) actio rescissoria, welche die Natur einer dinglichen Klage hat und daher gegen jeden dritten Besitzer der Sache angestellt werden kann: §. 5. Inst. *de Actionib.* u. L. 35. D. *de Oblig. et act.*

2) exceptio rescissoria, welche voraussetzt, daß der Verletzte auf irgend eine Weise wieder in den Besitz der fraglichen Sache gekommen war und nun vom Gegner auf Herausgabe derselben belangt wird.

Im Uebrigen hat Justinian Demjenigen, welcher einen Schaden abwenden will, der ihm durch die Abwesenheit seines Gegners bevorsteht, das Rechtsmittel der Protestation ertheilt, welche der Bedrohte bey seinem eigenen Richter einzulegen hat: L. 2. C. *de Annal. except.*

§. 182.

ζ. Restitutio propter capitis deminutionem minimam.

Durch die capitis deminutio minima wurden nach älterem R. R. die iura und obligationes *ciuiles* aufgehoben, in welchen sich die Arrogirten und Emancipirten bisher befunden hatten: L. 2. §. 2. L. 6. u. 8. D. *de Capite minutis*, mithin verloren auch hierdurch die Gläubiger der genannten Personen ihre Ansprüche. Aber eben deshalb sah sich der Prätor genöthigt, kraft seiner aequitas den Gläubigern zu ihren Rechten zu verhelfen, und stellte das Edict auf: „qui quaeue, posteaquam quid cum his actum contractumque sit, capite deminuti deminutaeue esse dicentur, in eos easue perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo“: L. 2. §. 1. *eod.* Hierdurch ertheilte der Prätor den Gläubigern der Arrogirten und Emancipirten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich derjenigen bürgerlichen Rechtsgeschäfte, welche mit den erwähnten Personen vor der capitis deminutio abgeschlossen worden waren: L. 2. §. 2. *eod.*, dergestalt, daß nach erhaltener Restitution die Gläubiger oder deren Erben die ihnen aus dem Geschäfte zustehenden Klagen entweder gegen den Arrogativ-Vater, oder gegen den Emancipirten, so wie gegen die Erben dieser Personen anstellen konnten: L. 2. pr. u. L. 5. *eod.* — Weil aber die Gebräuche der altrömischen adoptio und emancipatio nach neuerem Rechte in Wegfall kamen: L. vlt. C. *de Adopt.* u. L. vlt. C. *de Emancipat.*, so ist diese ganze Restitution heut zu Tage ohne Nutzen, indem vielmehr die Gläubiger in dem genannten Falle ihre Rechte nach wie vor behalten.

§. 183.

η. Restitutio ex clausula praetoris generali.

Endlich sagte noch der Prätor in demjenigen Edicte, in welchem er die Restitution wegen Abwesenheit einführte: „Item si qua alia mihi iusta caussa esse videbitur, in integrum restituam, quoad per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit“: L. 1. §. 1. in fin. D. *Ex quib. caus. maior.* — Diese Worte des prätorischen Edictes haben zu vielen Streitigkeiten Veranlassung gegeben, indem Einige behaupten, daß der Prätor zu den Worten iusta caussa das Wort absentiae habe supplirt wissen wollen, so daß also die clausula generalis nichts

weiter, als die im Edicte selbst nicht speciell ausgedrückten Gründe der **Abwesenheit** begreife, Andere dagegen diese prätorische Clausel wirklich und im eigentlichen Sinne für eine **allgemeine**, d. h. für eine solche erklären, welche alle Fälle der Restitution überhaupt enthalte, die nicht in den einzelnen Edicten besonders ausgedrückt wären. Diese letztere Meynung, welche die heutige Praxis entschieden annimmt, scheint die richtigere zu seyn, weil sie schon die Ansicht der **Römischen** Juristen für sich hat: L. 26. §. 9. *eod.* „vt, quoties aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum" und durch folgende, gesetzliche Beyspiele bewiesen werden kann, welche sich auf keine Weise unter die besondern Restitutions-Edicte bringen lassen:

1) wenn der Beklagte den Kläger chicanirt, so daß dieser seiner nicht habhaft werden kann: L. 24. u. 25. *eod.*

2) wenn der Richter durch Einräumung ungehöriger Fristen die Klage nutzlos gemacht hat: L. 26. §. 4. *eod.*

3) wenn Jemand den neuesten Besitz einer Wegegerechtigkeit für sich hatte, selbige aber wegen Ueberschwemmung ein Jahr lang nicht ausüben konnte, so steht ihm die restitutio in integrum zu, mittelst welcher er die Wiederausübung jener Servitut verlangt: L. 1. §. 9. *de Itinere actuque priu.*

4) wenn der Brunnen, aus welchem zu schöpfen Jemand auf eine bestimmte Zeit berechtigt war, austrocknete, so kann der Berechtigte, obwohl er sein Befugniß eine Zeit lang nicht ausüben konnte, beym Wiedererscheinen des Wassers Restitution verlangen: L. 34. §. 1. u. L. 35. D. *de Seruit. praed. rust.*

Der heutige Gerichtsbrauch wendet aber die clausula generalis noch auf folgende **neun** Fälle an: 1) factum aduocati vel procuratoris, 2) auctoritas iudicis vel responsum iurisconsulti, 3) error iuris probabilis, 4) ignorantia facti alieni excusabilis, 5) carentia aduocati, 6) casus incidens, 7) morbus sonticus, 8) rusticitas und 9) paupertas. Hieraus geht denn hervor, daß die restitutio in integrum ex clausula praetoris generali nach der heutigen Praxis in allen denjenigen Fällen nachgesucht werden kann, in welchen Jemand ohne seine Schuld an der Ausübung oder Verfolgung seines Rechtes gehindert worden ist.

Siebente Abtheilung.

Von der Verfolgung der Rechte.

I. Von den Klagen.

§. 184.

1) Erfordernisse.

Der Staatszweck würde unerreicht bleiben, oder vereitelt werden, wenn jeder Staatsbürger, welcher sich in seinen Rechten verletzt glaubt, den ihm drohenden oder bereits zugefügten Nachtheil eigenmächtig und nach freyer Willkühr beseitigen dürfte, ohne sich an die Obrigkeit wenden zu müssen. Darum ist nach jeder Gesetzgebung die Selbsthülfe als unerlaubt zu betrachten, was im R. R. der Kaiser Marcus Aurelius Antoninus durch ein besonderes Decret ausgesprochen hat: „optimum est, vt, si quas putes te habere petitiones, *actionibus* experiaris. Interim ille in possessione debet morari, tu petitor es .... Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit": L. 7. D. *Ad leg. Iul. de Vi priu.* Wer sich daher des Verbrechens unerlaubter Selbsthülfe schuldig macht, soll nicht nur seines Rechtes verlustig gehen, sondern auch noch außerdem bestraft werden: L. 12. in fin. D. *Quod met. caus.* in Verbindung mit L. 8. D. *Ad leg. Iul. de vi priu.* Hiernach ist es unbedingt nothwendig, daß man zur Verfolgung seiner Rechte den gesetzlichen Weg einschlage, d. h. sich derjenigen Rechtsmittel bediene, durch welche die richterliche Hülfe angerufen werden soll.

Diese Rechtsmittel sind aber überhaupt von doppelter Art, nämlich entweder actiones (Klagen) oder exceptiones (Einreden), jenachdem der Verletzte gegen Denjenigen zuerst auftritt, welcher ihn an der Ausübung seiner Rechte hindert, oder sich gegen Denjenigen vertheidigen will, welcher unbegründete Ansprüche gegen ihn erhoben hat.

Was nun zuvörderst die actiones betrifft, deren Begriff und Grund-Eintheilung bereits oben (§. 25. u. 26.) angegeben worden sind, so müssen

1) bey jeder Klage wenigstens zwey Personen vorausge-

setzt werden, welche einander gegenüber stehen und von welchen die eine actor (Kläger), die andere reus (Beklagter) ist. Doch können auf der einen, oder andern Seite oder auch auf beyden Seiten mehrere Personen vorkommen, welche ein gemeinsames Interesse verfolgen und daher litis consortes genannt werden: L. 1. C. *de Consortib. eiusd. lit.* und

2) Der, welcher die Klage mit Wirkung anstellen will, muß personam standi in iudicio haben, d. h. er muß fähig seyn, allein und selbstständig vor Gericht aufzutreten. Hierzu wird erfordert:

a. daß der Kläger überhaupt die staatsbürgerlichen Rechte genieße, weshalb denn die Verbannten in der Regel nicht vor Gericht erscheinen können: arg. c. 8. *de Sentent. excomm. in VI.*

b. daß der Kläger auch im Stande sey, den Gegenstand und Zweck seiner Klage gehörig zu beurtheilen. Aus diesem Grunde müssen alle diejenigen Personen das Recht, vor Gericht aufzutreten, entbehren, welche nicht einwilligen können, nämlich: α. impuberes: §. 1. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* β. Wahnsinnige: §. 8. Inst. *de Inutil. stipulat.* γ. puberes minores und prodigi, insofern dieselben nicht aus Geschäften klagen, welche sie ohne Beytritt ihres Vormundes oder Curators gültig abschließen können: L. 1. pr. D. *de Curatorib. furios.* und L. 1. u. 2. C. *Qui legitim. person. standi in iudic.*

§. 185.

2) Eintheilungen:

a. des ältern R. R.

Außer der Grund-Eintheilung aller Klagen in actiones praeiudiciales, reales und personales, die sich nach jeder Gesetzgebung von selbst versteht (§. 25.), kamen nach älterem R. R. noch folgende Eintheilungen vor, deren wir heut zu Tage nicht mehr bedürfen:

1) in actiones *stricti iuris* und *bonae fidei*: §. 28—31. Inst. *de Actionib.*

Jene entsprangen aus *contractibus stricti iuris*: in quibus iudicandis iudex ad certa verba vel facta, legibus notata, adstrictus est. Die Gültigkeit solcher Contrakte hieng, nach Vorschrift der Gesetze, von gewissen Worten (Formeln, z. B. spondeo bey Stipulationen) oder von gewissen Handlungen ab (z. B.

von der traditio beym Darlehnscontrakte). Hier wurde nun vom Prätor ein iudex (im Gegensatze des arbiter) bestellt, welchem derselbe durch eine formula specialis (genaue Instruction) einen sehr engen Wirkungskreis vorzeichnete, indem der iudex bloß untersuchen mußte, ob der Beklagte die von den Gesetzen vorgeschriebenen Worte ausgesprochen oder die bestimmte, rechtsgültige Handlung vorgenommen hätte, worauf er den Beklagten entweder verurtheilte, oder frey sprach. Die actiones stricti iuris konnten daher nur auf ein von allen Seiten festbestimmtes Rechtsobject: pecunia *certa* z. B. auf eine bestimmte Summe Geldes, angestellt werden, wie dieß bei der actio ex stipulatu und bey der condictio certi ex mutuo der Fall war.

Die actiones *bonae fidei* dagegen wurden auch *arbitrariae* genannt und aus *contractibus bonae fidei* angestellt: in quibus iudicandis iudex ex aequo et bono procedit. Hinsichtlich der Gültigkeit solcher Contrakte kam es nicht auf bestimmte Formeln oder Handlungen, sondern nur auf die Absicht an, welche die Partheyen bey Abschließung ihres Geschäftes an den Tag gelegt hatten, und der Richter, den hier der Prätor bestellte, wurde nicht judex, sondern arbiter genannt, indem derselbe keine formula *specialis*, sondern eine formula *generalis* (allgemeine Instruction) empfieng, durch welche die Untersuchung und Entscheidung der Sache mehr seiner Umsicht und Rechtskenntniß überlassen, als von bestimmten Worten oder Handlungen abhängig gemacht wurde. Daher konnten die actiones bonae fidei nur auf eine pecunia *incerta*, d. h. auf einen Gegenstand gerichtet werden, der sich nicht von allen Seiten fest bezeichnen ließ, weil der Richter nicht bloß auf den Hauptzweck der Klage, sondern auch auf alle Nebenumstände eingehen mußte, welche bey dem fraglichen Geschäfte obwalteten, mithin das Ergebniß der Klage vielleicht ein ganz anderes seyn konnte, als auf welches dieselbe gerichtet worden war. Wenn z. B. Jemand einem Andern sein Pferd auf eine bestimmte Zeit zur Benutzung übergeben und nach Ablauf dieser Zeit die actio commodati directa auf Zurückgabe des Pferdes angestellt hat, so ist es darum noch nicht gewiß, ob der Beklagte dadurch, daß er das Pferd zurückgiebt, den Kläger vollständig befriedigt, weil es darauf ankommt, in welchem Zustande sich das Pferd bei der Wiedererstattung befindet und ob nicht daher der Beklagte noch zu Leistung eines Schadenersatzes mittelst jener Klage angehalten werden kann. — Hieraus ergiebt sich der auch noch heut zu Tage zu berücksichtigende Unterschied zwischen condictionibus *certi* und *incerti*, je nachdem die Klagen

auf res fungibiles, z. B. Geld, Getraide, Wein, Oel 2c., welche, ohne eine fest bestimmte Quantität, keine juristische Bedeutung haben, oder auf res nec fungibiles, wie in dem angeführten Beyspiele des commodatum, gerichtet werden;

2) in actiones *ciuiles* und *honorarias:* L. 25. §. 2. D. *de Oblig. et act.*

Actiones ciuiles: quae ex legitimis et ciuilibus caussis descendunt: §. 3. *Inst. de Actionib.* Hierher gehören alle diejenigen Klagen, welche durch Volksschlüsse, senatusconsulta und kaiserliche Constitutionen, also durch die eigentliche Gesetzgebung der Römer eingeführt worden sind, z. B. die rei vindicatio, die actio emti et venditi, locati et conducti etc.

Actiones honorariae: quas magistratus ex sua iurisdictione comparatas habent: ibid. Diese Klagen sind von doppelter Art, jenachdem sie in dem Edicte des praetor oder des aedilis ihren Ursprung haben und werden daher in praetorias und aedilitias eingetheilt. Beyspiele von actionibus *praetoriis* sind die actiones Publicianae in rem und rescissoria, die actio hypothecaria, de constituta pecunia etc. — Actiones *aedilitiae* aber sind die actio redhibitoria und quanti minoris. Von dem Einflusse, welchen der Prätor kraft seiner aequitas auf Rom's Gesetzgebung geäußert hat, ist bereits oben (§. 34.) die Rede gewesen;

3) in actiones *priuatas* und *populares:* L. 1. u. 4. D. *de Popularib. act.*

Actiones priuatae: quae tantum ab eo, cuius interest, eiusue heredibus institui possunt, wie z. B. die actio emti.

Actiones populares: quas quisque ex populo mouere potest. Ein Beispiel von einer solchen Klage ist das crimen suspecti, welches bey den Römern von einem Jeden aus dem Volke zu dem Zwecke anhängig gemacht werden konnte, daß ein betrügerischer Vormund seines Amtes entsetzt würde: L. 1. §. 6. D. *de Suspect. tutor.* Endlich ist noch

4) eine Eintheilung zu erwähnen, die sich bloß auf die actiones *personales* bezieht und zwar auf die, welche aus den delictis priuatis der Römer entsprangen. Dieß ist die Eintheilung in actiones *rei persequutorias*, *poenales* und *mixtas:* §. 18. u. 19. *Inst. de Actionib.*

Delicta priuata waren aber solche Vergehen, welche keine öffentliche, oder Criminalstrafe nach sich zogen, sondern sich nur in-

nerhalb der Grenzen des Privat- oder Civilrechts bewegten, so daß Der, welcher durch ein solches Vergehen beeinträchtigt worden war, entweder bloß die ihm entwendete Sache verfolgte (actio *rei persequutoria,* z. B. die condictio furtiua: L. 1. D. *de Condict. furt.*), oder gegen den Verletzenden auf eine Privatstrafe, z. B. auf den doppelten, dreifachen oder vierfachen Werth der entwendeten Sache antrug (actio *poenalis*, z. B. die actio furti: §. 19. *Inst. de Obligat. quae ex del. nasc.*), oder endlich beyde Zwecke mit einer und derselben Klage beabsichtigte (actio *mixta*, z. B. die actio vi bonorum raptorum: pr. Inst. *de Vi bonor. raptor.*).

§. 186.

b. Eintheilungen, welche auch heut zu Tage vorkommen.

Nach neuerem R. R., also heut zu Tage, werden die Klagen folgendermaaßen eingetheilt:

1) nach ihrem Ursprunge: in actiones *directas* und *vtiles:* L. 21. D. *de Praescr. verb.*

Actiones directae: quae ipsa lege nituntur.

Actiones vtiles: quae per analogiam iuris sunt introductae (§. 103.).

Diese Eintheilung bezieht sich sowohl auf dingliche, als persönliche Klagen. Eine actio vtilis *realis* ist die rei vindicatio vtilis, welche z. B. von der Ehefrau hinsichtlich derjenigen Sachen angestellt werden kann, die der Ehemann für ihr Geld gekauft hat, weil zu Gunsten der Ehefrau der Grundsatz eintritt: res succedit in locum pretii. Vgl. L. 55. D. *de Donat. int. vir. et vxor.* — Ein Beyspiel von einer actio vtilis *personalis* ist die actio tutelae vtilis, welche nach Analogie der Vormundschaft, von dem curandus gegen den curator erhoben wird: L. 20. pr. in fin. D. *de Tutelae et rat. distrah. et vtili curationis caus. act.*

2) nach dem Verhältnisse, in welchem Kläger und Beklagter einander gegenüber stehen:

a. in actiones *simplices* u. *duplices:* L. 10. D. *Fin. reg.*

Actiones duplices: in quibus vnusquisque litigantium et rei et actoris partes sustinet: L. 2. §. 3. D. *Famil. ercisc.* Solcher Klagen giebt es drey: actio familiae erciscundae, communi diuidundo und finium regundorum. Dieselben sind aber auch zugleich:

α. diuisoriae, weil sie auf Theilung einer bisher ge-

meinschaftlichen Sache gerichtet werden: L. 1. pr. u. L. 2. pr. D. *Famil. ercisc.* und

β. mixtae, weil sie nicht nur auf Herausgabe des betreffenden Antheiles abzwecken, sondern auch auf persönliche Leistungen, wie z. B. auf Rechnungsablegung: §. 20. Inst. *de Actionib.* Vgl. auch oben: §. 26.

Duplices werden sie aber deswegen genannt, weil, nach Maaßgabe obiger Definition, bey solchen Klagen, wenn sie einmal erhoben worden sind, die Verschiedenheit zwischen Kläger und Beklagtem völlig verschwindet, indem es sich dabei stets um Theilung einer gemeinschaftlichen Sache handelt. Nämlich der Richter hat in Rechtssachen dieser Art lediglich darauf zu sehen, daß die streitenden Partheyen, nach Verhältniß ihrer Rechte, völlig gleiche Theile empfangen und keine derselben auf irgend eine Weise verletzt werde, und daher kommt es, daß er, wenn er sich davon überzeugt hat, daß der Kläger, dem Beklagten gegenüber, nicht nur nicht im Nachtheile, sondern sogar im Vortheile sey, den Kläger dazu verurtheilen kann, daß er dem Beklagten noch etwas herausgebe, was bey keiner andern Rechtssache geschehen darf, da bey unbegründeten Klagen in der Regel der Beklagte nur zu absolviren, der Kläger aber niemals zu condemniren ist. Vgl. auch: L. 37. §. 1. *de Oblig. et act.*

b. in *directas* und *contrarias*: L. 18. §. 4. D. *Commod.*

Actiones directae: quae *ex ipso negotio* immediate descendunt, ideoque ad eius implementum instituuntur.

Actiones contrariae: quae *occasione* negotii ex post facto oriuntur et praestandam indemnitatem respiciunt.

Diese Eintheilung bezieht sich bloß auf actiones *personales*, setzt also stets eine obligatio voraus, jedoch eine solche, bey welcher nur der eine Contrahent zur Erfüllung des Geschäftes verbunden ist: obligatio *vnilateralis*, im Gegensatze der *bilateralis*, kraft welcher beyde Contrahenten die Erfüllung zu leisten haben und aus welcher daher eine actio *vtrimque directa* entspringt. Bey der obligatio *bilateralis* ist es gleich nach abgeschlossenem Geschäfte gewiß, daß jeder der beyden Contrahenten, wenn der andere nicht zur bestimmten Zeit das implementum leistet, die actio directa auf Erfüllung des Geschäftes anstellen kann, hingegen bey der *vnilateris* kann das implementum nur von einer Seite erwartet werden, und wenn dasselbe nicht zu rechter Zeit

erfolgt, so hat aus dem Geschäfte selbst nur Der eine Klage, und zwar eine directa, welcher berechtigt ist, die Erfüllung des Geschäftes zu verlangen. Dagegen ist es aber denkbar, daß derjenige Contrahent, welchem das implementum obliegt, bey Gelegenheit des Geschäftes einen Nachtheil erlitten hat, der bey Abschließung desselben nicht vorauszusehen war. Auf Vergütung dieses Nachtheiles wird nun die actio *contraria* angestellt. So ist z. B. die emtio venditio ein contractus *bilateralis*, also ein solcher, aus welchem eine actio *vtrimque directa* entspringt, denn der Käufer klagt auf Uebergabe der Sache, der Verkäufer auf Bezahlung des Kaufpreises. Dagegen ist das commodatum ein contractus *vnilateralis*, also ein solcher, aus welchem bloß der eine Contrahent die actio directa anstellen kann. Dieser ist hier der commodans, welcher dem commodatarius auf eine bestimmte Zeit eine Sache zur Benutzung übergeben hatte und, wenn der Letztere sie zu dieser Zeit nicht zurückgiebt, die actio commodati directa gegen ihn gebrauchen kann. Wenn nun aber der commodans die Sache zurückgegeben hat, jedoch behauptet, daß er, um dieselbe nicht untergehen zu lassen, einen Aufwand bestritten habe, welcher den bezogenen Nutzen übersteige, so bedient er sich gegen den commodans der actio commodati contraria, mit welcher er Schadloshaltung verlangt. — Man hüte sich also vor dem Irrthume, als ob die actiones contrariae gewissermaßen die Stelle der Exceptionen verträten, mithin nicht anders angestellt werden könnten, als wenn bereits eine actio *directa* erhoben worden wäre. Beyde Klagen sind vielmehr sowohl hinsichtlich des Gegenstandes, als der Zeit von einander völlig unabhängig;

3) nach dem Gegenstande, welchen sie verfolgen: in actiones *vniuersales*, *generales* und *speciales*: L. 1. pr. D. *de Rei vind.*

Actiones vniuersales: quae vniuersitatem iuris persequuntur. Unter einer vniuersitas iuris versteht man den Inbegriff aller Rechte und Verbindlichkeiten eines Staatsbürgers. Dieser Begriff hat heut zu Tage bloß noch in Hinsicht auf die Erbschaft eine juristische Bedeutung und daher giebt es im neuern R. R. nur eine actio vniuersalis, nämlich die hereditatis petitio, mit welcher der Erbe die Herausgabe der Erbschaft oder eines Theiles derselben verlangt: L. 1—3. D. *de Heredit. pet.*

Actiones generales: quae quidem ex vno eodemque negotio procedunt, sed ad plures et varias tendunt praestationes. Hierher gehört z. B. die actio pro socio. Mit dieser Klage kann

nämlich ein socius von dem andern verlangen, daß derselbe a. die versprochenen Beyträge an Sachen oder Arbeit leiste, b. Rechenschaft über die bisherige Geschäftsführung gebe, c. den zugefügten Schaden ersetze, d. nach aufgelöstem Contrakte die conferirten Gelder oder andern Gegenstände herausgebe und e. den gemachten Gewinn theile oder zu dem erfolgten Schaden nach Verhältniß beytrage: L. 38. pr. D. *Pro socio.*

Actiones speciales: quae in rem vel praestationem singularem instituuntur. Hierher gehört z. B. a. die rei vindicatio, welche nur auf eine res singularis gerichtet werden kann: L. 1. §. 1. D. *de Rei vind.* Als eine res singularis wird hier aber auch die sogenannte vniuersitas facti betrachtet, z. B. eine Viehheerde: L. 1. §. 3. D. *eod.* b. die actio mandati specialis directa, die der Auftragsgeber gegen den Beauftragten anstellt, damit dieser ein einzelnes Geschäft, welches er zum Besten des Erstern übernommen hatte, ausführe: L. 5. §. 1. u. 3. u. L. 8. §. vlt. D. *Mand.*

§. 187.

3) Selbstständige Arten:

a. Condictiones.

Das Wort condictio kommt in einem dreyfachen Sinne vor:

1) im weitern Sinne ist es gleichbedeutend mit actio *personalis*: §. 15. Inst. *de Actionib.*

2) im engern bezeichnet das Wort condictio bloß diejenige persönliche Klage, welche aus einem völlig einseitigen Verhältnisse entspringt, dergestalt, daß, ihr gegenüber, keine andere Klage, weder eine directa, noch eine contraria vorkommen kann. Hierher gehört z. B. die condictio indebiti, die Der, welcher aus Irrthum irgend eine Sache übergeben hatte, zu deren Uebergabe er nicht verbunden war, gegen Denjenigen anstellt, welcher diese Sache, ebenfalls aus Irrthum, in Empfang genommen hat: L. 15. D. *de Condict. indeb.*

3) im engsten Sinne endlich kommt das Wort condictio nur nach älterem R. R. vor und ist gleichbedeutend mit derjenigen persönlichen Klage, welche aus einem contractus stricti iuris hinsichtlich einer pecunia certa angestellt werden konnte. Vgl. §. 185. 1. wo auch zugleich der Unterschied zwischen condictio certi und incerti erklärt worden ist.

Noch sind aber zwey besondere Gattungen der condictiones zu erwähnen, nämlich

1) *Condictio ex lege*: quae lege Romana *recentiori* nititur. Die L. vn. D. *de Condict. ex lege* sagt: „si obligatio lege *noua* introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, *ex lege agendum* est.“ So konnte z. B. nach älterem R. R. aus einer Schenkung, welche nur durch ein acceptirtes Versprechen eingegangen worden war, keineswegs geklagt werden, weil dieser Vertrag als ein pactum nudum betrachtet wurde, Justinian verordnete aber in der L. 35. §. vlt. C. *de Donationib.*, daß der Acceptant auf Erfüllung eines solchen Versprechens klagen könne. Auf diese Weise wurde durch ein neueres Gesetz das bisherige pactum *nudum* in ein pactum *legitimum* verwandelt und die aus der Schenkung anzustellende Klage: condictio ex lege 35. C. *de Donat.* genannt.

2) *Condictio ex moribus*: condictio ex lege alia, quam Romana. Bekanntlich sahen die Römer ihre Staatsvereinigung als die einzig civilisirte und ihre Gesetze als das einzige ius scriptum an, warfen daher die Gesetze aller auswärtiger Staaten unter dem Namen: mores zusammen. Dieß hat die Ausleger des Rechts veranlaßt, jede condictio ex lege, welche nicht im R. R., sondern in andern Gesetzgebungen, besonders in der deutschen begründet ist, condictio ex moribus zu nennen.

§. 188.

b. Actiones in factum.

Auch diese kommen in einer dreyfachen Bedeutung vor:

1) in der weitern versteht man darunter alle diejenigen persönlichen Klagen, welche nicht auf dem Gesetze, sondern auf der aequitas beruhen und daher auch keinen besondern Namen führen: L. 1. pr. D. *de Praescr. verb.*

2) in der engern sind actiones in factum: persönliche Klagen, welche aus solchen unerlaubten Handlungen entspringen, die weder unter den veris, noch unter den quasidelictis des R. R. begriffen sind. So kann z. B. Derjenige, welcher durch den dolus eines Andern beeinträchtigt wurde, aber gesetzlich verhindert ist, sich der actio de dolo malo zu bedienen (wie dieß z. B. gegen Aeltern oder nach Ablauf zweyer Jahre der Fall ist), die actio in factum

gebrauchen: L. 11. 18. u. 29. D. *de Dolo malo*. Vgl. auch §. 174. Endlich

3) in der engsten Bedeutung werden diese Klagen actiones in factum *praescriptis verbis* genannt und sind diejenigen, welche aus unbenamten Real-Contrakten angestellt werden können: L. 2. u. 3. D. *de Praescr. verb.* Ein Beyspiel ist die Klage, welche auf Erfüllung des Tauschcontraktes (der permutatio) gerichtet wird: L. 7. §. 2. D. *de Pact.* — Praescriptis verbis heißen diese Klagen deshalb, weil nach älterem R. R. die Klagen, welche aus benamten Contrakten entsprangen, den Namen ihres Contraktes führten und mit demselben auch im prätorischen Edicte eingezeichnet standen, z. B. Depositi vel contra, Mandati vel contra etc. Wenn nun Jemand aus einem unbenamten Contrakte klagte, so mußte ihm zu diesem Zwecke erst eine besondere Formel vorgeschrieben werden, deren er sich bedienen könnte, um den Inhalt seiner Klage anzudeuten, z. B. do vt des, do vt facias etc.

§. 189.

c. Actiones adiectitiae qualitatis.

Diese werden in einem doppelten Sinne verstanden:

1) im weitern sind sie: actiones personales, quae occasione contractus stricti iuris ex post facto oriuntur et resarcitionem damni per *moram* illati persequuntur. Aus den contractibus stricti iuris konnte, wie bereits oben (§. 185.) gesagt worden ist, nur pecunia *certa*, nämlich ein von allen Seiten fest bestimmtes Rechtsobject verfolgt werden. Nebenverbindlichkeiten, die sich vielleicht späterhin bey Gelegenheit jener Contrakte herausgestellt hatten, durften in einer actio ex stipulatu oder condictio certi ex mutuo niemals berührt werden. Wenn nun bey einem solchen Contrakte der Gläubiger durch die mora seines Schuldners einen Schaden erlitten hatte, indem der Letztere entweder nicht zur bestimmten Zeit, oder nicht an dem festgesetzten Orte Zahlung leistete, so konnte er diesem Schaden mit der aus dem Contrakte selbst entspringenden Klage nicht beykommen und deshalb trat der Prätor kraft seiner aequitas vermittelnd ein, indem er einem solchen Gläubiger besondere Klagen ertheilte, mit welchen derselbe den Ersatz des ihm durch mora zugefügten Schadens verlangen konnte, nämlich die condictio triticiaria und

die condictio de eo, quod certo loco. Die adiectitia qualitas liegt bey diesen Klagen darin, daß zu dem contractus stricti iuris ein neuer Umstand hinzutritt, welcher einem neuen Klaggrunde den Ursprung giebt. — Doch haben diese Klagen späterhin als actiones vtiles eine bedeutende Erweiterung erfahren, wie die beyden Titel der Pandekten: de Condictione triticiaria und de Eo, quod certo loco beweisen;

2) im engern Sinne aber müssen sie folgendermaaßen definirt werden: actiones personales, quas instituimus aduersus eum, quocum non contraximus. Hier liegt die adiectitia qualitas nicht in dem Geschäfte, sondern darin, daß die Klage gegen eine andere Person angestellt werden kann, als mit welcher das Geschäft eingegangen worden ist. Hierher gehört z. B. die actio exercitoria, welche aus einem mit dem magister nauis (Schiffscapitain) abgeschlossenen Contrakte gegen den exercitor nauis (Schiffsrheder, Schiffseigenthümer) angestellt werden kann: L. 1. pr. D. *de Exercit. act.* — Auch heißt es ausdrücklich in der L. 5. §. 1. D. *eod.* „hoc edicto non *transfertur* actio, sed *adiicitur*."

§. 190.

4) Transitus ad et in heredes.

Wenn eine Klage nicht höchst persönlich (actio personalissima) ist, wie z. B. die actio matrimonialis auf Erfüllung des Eheversprechens: c. 10. X. *de Sponsal.*, so kann sie in der Regel sowohl von den Erben des Berechtigten (transitus ad heredes), als gegen die Erben des Verpflichteten (transitus in heredes) angestellt werden. Von dieser Regel giebt es aber gewisse Ausnahmen:

1) hinsichtlich des transitus *ad* heredes:

a. actiones *populares*, z. B. die actio de effusis et deiectis: L. 5. §. 5. D. *de His, qui effud. vel deiec.* in Verbindung mit L. 3. §. 1. D. *de Popularib. act.*

b. actiones *criminales*: L. 3. §. 4. D. *de Accusat.* und

c. actiones, quae *meram vindictam* spirant, d. h. solche, welche in einer persönlichen Beleidigung ihren Grund haben, z. B. die actio iniuriarum: §. 1. Inst. *de Perpet. et temporal. act.* so wie die actio reuocatoria des Schenkgebers, wenn der

Beschenkte sich gegen denselben einer Undankbarkeit schuldig gemacht hat: L. 10. C. *de Reuoc. donat.*

2) hinsichtlich des transitus *in* heredes:

a. actiones *populares*: L. vlt. D. *de Popularib. act.*

b. actiones *criminales*: L. 20. D. *de Poen.*

c. actiones, quae *meram vindictam* spirant: §. 1. Inst. *de Perpet. et temporal. act.* und

d. actiones *poenales* und *mixtae* (§. 185.) welche gegen die Erben nur insoweit angestellt werden können, als diese durch die unerlaubte Handlung ihres Erblassers bereichert worden sind: L. 16. §. 2. D. *Quod met. caus.* Aber nach canonischem Rechte können die Erben ohne diese Beschränkung mit den erwähnten Klagen belangt werden: c. 5. in fin. X. *de Raptorib.* und c. 28. X. *de Sentent. excomm.*, was jedoch die Praxis so versteht, daß die Erben nur bis zum Betrage der Erbschaft gehalten sind.

Wenn aber der Proceß schon bey Lebzeiten des Erblassers durch die litis contestatio anhängig geworden war, so findet der transitus sowohl *ad*, als *in* heredes Statt, was aber natürlich nicht für die actiones criminales gilt.

§. 191.

5) Concurrenz der Klagen.

Eine Concurrenz der Klagen, welche nicht mit der in der Proceßlehre zu erklärenden *cumulatio* actionum verwechselt werden darf, findet dann Statt, wenn mehrere Klagen in Bezug auf ein und dasselbe Rechtsverhältniß zusammen treffen. Diese Concurrenz kann aber von doppelter Art seyn:

1) eine subjective: wenn in einem und demselben Rechtsverhältnisse mehrere Kläger oder mehrere Beklagte auftreten. Der erstere Fall kommt z. B. bey Injurien vor, wegen welcher nicht allein der Beleidigte selbst, sondern auch andere Personen, nämlich der Vater, in Hinsicht auf die Kinder, welche sich in seiner väterlichen Gewalt befinden, und der Ehemann, in Hinsicht auf seine Frau, den Beleidiger in Anspruch nehmen können: §. 2. Inst. *de Iniur.* Der letztere Fall tritt z. B. ein, wenn ein Pupill mehrere Vormünder gehabt hatte, und jedem derselben ein bestimmter Theil des Pupillenvermögens zur Verwaltung

angewiesen worden war. Hier kann der gewesene Pupill jeden seiner Vormünder mit der actio tutelae directa hinsichtlich des von demselben verwalteten Vermögens-Theiles belangen: L. 55. pr. in fin. D. *de Administr. et peric. tut.* Vgl. auch §. 1. *ibid.* — Bey dieser subjectiven Concurrenz können nun sowohl die mehreren Kläger, gleichzeitig oder hintereinander, besondere Klagen anstellen, als auch die mehreren Beklagten auf dieselbe Weise mit besondern Klagen belangt werden, es müßte denn eine obligatio *correalis* vorhanden seyn, kraft welcher Einer für Alle entweder klagen, oder belangt werden kann, in welchem Falle durch die von Einem oder gegen Einen mit Wirkung erhobene Klage die der Uebrigen sich von selbst erledigt: §. 1. Inst. *de Duob. reis. stipul.* Wenn z. B. Jemand von mehreren Personen zugleich betrogen worden ist, so braucht er nur einen der Betrüger zu verklagen, indem jeder derselben für das Ganze haften muß und durch vollständige Genugthuung die übrigen befreyt: L. 1. §. 4. D. *de Eo, per quem fact. erit, quo min. quis in iud. sist.*

2) eine objective: wenn ein und derselbe Kläger gegen einen und denselben Beklagten mehrere Klagen anstellen kann, welche auf irgend eine Weise mit einander in Verbindung stehen. Diese objective Concurrenz ist aber wieder dreyfach:

a. die successive, bey welcher die Hauptklage durch eine andere vorbereitet wird, die man deshalb actio praeparatoria nennt. Hierher gehören z. B. die actiones praeiudiciales (§. 25.) so wie die actio ad exhibendum, durch welche letztere in der Regel jede dingliche Klage, besonders aber die rei vindicatio vorbereitet werden kann, indem zuweilen der Eigenthümer, welcher die Herausgabe seiner Sache von dem Besitzer derselben verlangen will, sich erst überzeugen muß, ob die Sache die in Rede stehende sey und daher darauf antragen kann, daß ihm dieselbe vorgezeigt werde: L. 3. §. 7. D. *Ad exhib.*, oder, wenn die fragliche Sache mit der des Beklagten verbunden ist, die Trennung derselben zum Zwecke der Vindication fordern kann: L. 23. §. 5. D. *de Rei vind.*

b. die cumulative, welche dann Statt findet, wenn die mehreren Klagen selbstständig und zwar entweder gleichzeitig oder hinter einander angestellt werden können. Soll dieß der Fall seyn, so muß jede der mehreren Klagen einen für sich bestehenden, von dem der übrigen verschiedenen Zweck verfolgen. Hier kommt es nicht darauf an, ob jede dieser Klagen ihren eigenen Grund

hat, oder ob sie alle auf einem und demselben Grunde beruhen. So hat z. B. jede dieser Klagen ihren eigenen Grund, wenn Jemand hinterlistiger Weise einen fremden Sclaven in seine Gewalt gebracht und späterhin getödtet hat. Hier kann sowohl die actio furti, wegen der Entfremdung des Sclaven, als auch die actio ex L. Aquilia, wegen der Tödtung desselben, Platz ergreifen: L. 2. §. 1. D. *de Priu. del.* — Auf einem und demselben Grunde hingegen beruhen z. B. die condictio furtiua und die actio furti. Beyde können aber neben einander angestellt werden, weil durch jene die entwendete Sache, durch diese die Bezahlung des doppelten, dreyfachen oder vierfachen Werthes derselben gefordert wird: L. 7. §. 1. *de Condict. furt.*

c. die elective, bey welcher zwar dem Kläger mehrere Klagen zu Gebote stehen, jedoch dergestalt, daß, wenn er sich für eine derselben entschieden hat, die übrigen sich von selbst erledigen. Hierzu wird erfordert, daß die mehreren Klagen, unter welchen der Kläger wählen kann, nicht nur denselben Zweck verfolgen, sondern auch auf demselben Grunde beruhen. So ist z. B. die actio personalis ex testamento eine allgemeine Klage, deren sich alle Vermächtnißnehmer ohne Unterschied bedienen können. Dagegen steht Dem, welchem eine bestimmte körperliche Sache, die dem Erblasser eigenthümlich angehörte, vermacht worden ist, auch die rei vindicatio zu. Hier wird natürlich durch die Klage, auf welche die Wahl des Klägers gefallen ist, die andere aufgehoben und überflüssig: L. 76. §. 8. D. *de Legat. II.* Wenn hingegen der Zweck der mehreren Klagen zwar derselbe, der Grund aber, auf welchem sie beruhen, verschieden ist, so erledigen sich die übrigen nur insofern, als der Kläger mit der von ihm angestellten Klage seinen Zweck erreicht hat: L. 57. D. *de R. I.* Wurde ihm aber diese Klage vom Richter verworfen, oder entsagte er derselben, so kann er noch immer zu den übrigen seine Zuflucht nehmen: L. 18. D. *de Oblig. et act.*

§. 192.

6) Extinctive Verjährung der Klagen.

Bis zum Kaiser Theodosius II. dauerte in der Regel jede Klage so lange, als das Recht selbst, auf welchem sie beruhte, ohne daß hier der Ablauf irgend einer Zeit berücksichtigt wurde. Doch gab es allerdings schon damals gewisse Klagen, welchen aus-

nahmweise eine bestimmte Zeit vorgeschrieben war, innerhalb deren sie angestellt werden mußten, und hieraus bildete sich die Eintheilung der actiones in *perpetuas* und *temporales*: pr. und §. 1. Inst. *de Perpet. et temporal. act.* Aber der erwähnte Kaiser erließ eine Constitution, kraft welcher alle actiones perpetuae innerhalb dreyßig Jahren angestellt werden müssen und nach Ablauf dieser Zeit erlöschen: L. 3. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.*, weshalb es denn seit Theodosius II. keine actiones perpetuas im eigentlichen Sinne mehr giebt, jetzt vielmehr diejenigen Klagen so genannt werden, welche dreyßig Jahre dauern und die Regel ausmachen, ohne Unterschied, ob sie actiones reales oder personales sind.

Hierdurch ist aber der Begriff der actiones temporales, welche stets in kürzerer Zeit, als die actiones perpetuae verjähren, keinesweges aufgehoben worden, indem z. B. die vom Prätor eingeführten Restitutions-Klagen nur 4 Jahre dauern: L. vlt. C. *de Temporib. in integr. rest.* und die querela inofficiosi testamenti bereits nach 5 Jahren erlischt: L. 34. C. *de Inoffic. testam.* Auch giebt es Klagen, welchen ausnahmweise eine noch längere Verjährungszeit, als die dreyßigjährige, vorgeschrieben ist, wie z. B. die Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, welche 40 Jahre dauern: Nou. 131. c. 6., die hypothekarische Klage gegen den Schuldner selbst (im Gegensatze des dritten Besitzers), welche in demselben Zeitraume angestellt werden kann: L. 7. §. 1. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.*, so wie auch die condictio lusu perditi, welche erst in 50 Jahren verjährt: L. 3. C. *de Aleatorib.*

Die Verjährungszeit der Klagen ist von dem Augenblicke an zu rechnen, in welchem die Klage hätte angestellt werden können, also in welchem der Verjährende zu irgend einer Leistung verbunden gewesen wäre. Diese Zeit beginnt daher z. B. nach Ablauf des bestimmten Zahlungstages, oder mit Eintritt einer conditio suspensiua: L. 7. §. 4. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.* Bey denjenigen Geschäften aber, bey welchen Zinsen versprochen worden sind, muß die Zeit von dem letzten Termine an gerechnet werden, zu welchem die Zinsenzahlung hätte erfolgen sollen, aber unterblieben ist: L. 8. §. vlt. C. *eod.* Für das Ende der Verjährungszeit gilt aber hier die computatio naturalis, so daß die Klage dann erst als erloschen betrachtet werden kann, wenn die 30 Jahre vollständig und bis zum letzten Augenblicke verflossen sind: L. 6. D. *de Oblig. et act.*

Da aber die extinctive Verjährung der Klagen bloß zur Vermeidung processualischer Chicanen, Weiterungen und Verschleifungen, mithin zur endlichen Sicherstellung der Rechte eingeführt ist, so kann bey dieser Art der praescriptio keine Rede von dem Erforderniße der bona fides seyn, d. h. es kommt nicht darauf an, ob Der, welcher die Klage verjährt hat, welcher also während der Verjährungszeit auf irgend eine Leistung hätte belangt werden können, diese seine Verbindlichkeit gekannt habe oder nicht. Vgl. L. 8. §. 1. in fin. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.* und wenn auch das c. ult. X. *de Praescr.* als ratio legis den allgemeinen Satz ausspricht: „omne, quod non ex fide est, peccatum est", so zeigen doch die Schlußworte des Gesetzes, daß dasselbe unter mala fides nur conscientiam rei alienae versteht, mithin bloß von der translativen Adquisitiv-Verjährung spricht.

Obwohl nun aus dem Bishergesagten hervorgeht, daß die Klagen selbst der extinctiven Verjährung unterworfen sind, so kann doch nicht dasselbe von dem Rechte behauptet werden, auf welchem die Klagen beruhen. Das Recht verliert seine Wirkung nur insofern, als es keine Klage mehr hervorbringt, keineswegs aber in Hinsicht auf die Exception, denn der Kläger hat es ganz in seiner Gewalt, ob und wenn er klagen will, der Excipient aber kann sein Rechtsmittel nicht eher gebrauchen, als bis eine Klage gegen ihn angestellt worden ist: L. 5. §. 6. D. *de Doli mali et met. except.* Wenn also auch die Klage verjährt ist, so bleibt doch die natürliche Verbindlichkeit Desjenigen bestehen, welcher vor abgelaufener Verjährungszeit hätte belangt werden können: L. 5. C. *de Except.*, dergestalt, daß, wenn nun dieser klagt, er durch eine Exception zurückgewiesen werden kann. Wenn z. B. Jemand durch den dolus eines Andern zu Abschließung eines Geschäftes bewogen worden ist, so steht es ihm, wenn er auch das Geschäft noch nicht erfüllt hat, frey, binnen zweyer Jahre die actio de dolo malo auf Rescission des Geschäftes anzustellen: L. 38. D. *de Dolo malo.* (§. 174.). Hat aber der Betrogene jene zwey Jahre vorüber gelassen, ohne Klage zu erheben, so ist zwar allerdings die letztere verjährt, aber dem Betrüger, welcher nach Abfluß der zwey Jahre auf Erfüllung des Geschäftes klagt, kann, trotz der verjährten *actio* de dolo malo, noch immer die *exceptio* doli entgegengesetzt werden: L. 2. pr. u. §. 1. D. *de Doli mali et met. except.* Daher auch die Rechtsregel: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua.

II. Von den Einreden.

§. 193.

1) Begriff derselben.

Exceptio (im ältern R. R. *praescriptio*: Einrede, Ausflucht): remedium, quo quis vtitur, ad infringendam intentionem aduersarii. In dieser weitern Bedeutung ist exceptio keinesweges auf die Person des Beklagten zu beschränken, sondern es ist darunter jedes Anführen oder Vorbringen zu verstehen, durch welches in einem Rechtsstreite die eine Parthey die Angriffe der andern von sich abzuwenden sucht. In diesem weitern Sinne kann auch der Kläger sich der Exceptionen bedienen, unter welchen dann die Repliken und Tripliken mit begriffen sind: L. 2. §. 1. u. L. 22. §. 1. D. *de Exceptionib.*

In der engern und eigentlichen Bedeutung ist aber *exceptio*: remedium, quod reus petitioni actoris obiicit. Hier ist der Begriff der Einrede auf den Beklagten beschränkt und steht dem der Klage gegenüber: pr. Inst. *de Exceptionib.* u. L. 2. pr. D. *eod.*

§. 194.

2) Eintheilungen.

Die exceptiones werden eingetheilt:

1) nach ihrem Ursprunge:

a. in exceptiones *ciuiles* und *honorarias*, jenachdem sie in einem Civilgesetze, oder im prätorischen Edicte begründet sind: §. 7. Inst. *de Exceptionib.* Eine exceptio *ciuilis* ist z. B. die exceptio SC. Macedoniani: L. 1. pr. D. *de SC. Maced.*, eine *honoraria* aber: die exceptio *doli*: L. 2. pr. u. §. 1. D. *de Doli mali et met. except.*

b. in exceptiones *directas* und *vtiles*, jenachdem sie durch das Gesetz selbst oder durch Rechtsanalogie eingeführt worden sind: L. 21. D. *de praescr. verb.* Eine exceptio *directa* ist z. B. die exceptio *SCi Velleiani*: L. 3. C. *Ad SC. Vellei.*, eine *vtilis* aber in folgendem Falle anwendbar. Es hatte ein Minderjähriger, welcher als Verkäufer eines Grundstückes betrogen worden war, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten (§. 178.), dergestalt, daß der Richter dem Käufer die Zurückgabe

des Grundstückes, dem Minderjährigen aber die Wiedererstattung des Kaufpreises anbefahl. Der Letztere hatte sich jedoch später entschlossen, von dieser Rechtswohlthat keinen Gebrauch zu machen, und kann nun dem Käufer, welcher ihn in Folge des richterlichen Ausspruchs auf Wiedererstattung des Kaufpreises belangt, die exceptio pacti conuenti *vtilis* entgegenstellen, die ihren Grund in der Rechtsregel hat, daß ein Jeder auf die ihm zustehenden Rechtswohlthaten gültiger Weise Verzicht leisten könne, mithin der Käufer sich wieder in derselben Lage befindet, in welcher er gewesen wäre, wenn der Minderjährige nicht um die Restitution gebeten hätte: L. 41. D. *de Minorib.*,

2) nach dem Grunde, auf welchem sie beruhen: in exceptiones *iuris* et *facti*, jenachdem sie sich auf einen Rechtssatz, oder auf eine Thatsache stützen, wodurch der Grund der Klage aufgehoben wird. Eine exceptio *iuris* ist z. B. die exceptio *doli*. Denn wenn Jemand durch den dolus eines Andern zu Abschließung eines Geschäftes verleitet worden ist, so kann zwar der Betrüger die Erfüllung desselben nach strengem Rechte verlangen, dennoch aber kraft der aequitas praetoris mit jener exceptio zurückgewiesen werden: §. 1. Inst. *de Exceptionib.*, eine exceptio *facti* aber: die exceptio *solutionis*, mit welcher der Beklagte sich auf die Thatsache beruft, daß er Das, was der Kläger verlangt, bereits geleistet habe: pr. Inst. *Quib. mod. toll. oblig.*,

3) nach der Person, welche sich derselben bedienen kann: in exceptiones *in personam* s. *personae cohaerentes* und *in rem* s. *rei cohaerentes*: L. 7. D. *de Exceptionib.*

Exceptiones in personam: quae personam haud egrediuntur. Diese können nur von derjenigen, bestimmten Person gebraucht werden, zu deren Bestem sie eingeführt sind, nicht aber von einem Dritten, wenn auch dieser an dem fraglichen Geschäfte Theil genommen hat. Hierher gehört z. B. die exceptio *beneficii competentiae*, welche unter andern jedem socius zusteht, der von einem socius aus dem Gesellschafts-Contrakte verklagt wird und mittelst welcher derselbe verlangen kann, daß er nur insoweit verurtheilt werde, als ihm die Mittel zum nothwendigen Lebensunterhalte verbleiben: L. 16. D. *de Re iudic.* in Verbindung mit L. 63. pr. D. *Pro socio.* Hat sich nun aber Jemand für den socius verbürgt, so kann sich dieser Bürge der erwähnten Einrede keineswegs bedienen: L. 63. *cit.* §. 1.

Exceptiones in rem: quae ad determinatam personam non sunt restrictae. Diese können der erhobenen Klage von Jedem entgegengestellt werden, welcher bey dem fraglichen Rechtsverhältnisse auf irgend eine Weise betheiligt ist, mithin auch von Bürgen, Erben, oder dritten Besitzern. Hierher gehört z. B. die exceptio *quod metus caussa*, welche nicht nur von dem Gezwungenen selbst, sondern auch von den erwähnten übrigen Personen vorgeschützt werden kann: L. 4. §. 33. in fin. D. *de Doli mali et met. except.* (Vgl. §. 173.)

Ist es zweifelhaft, ob eine exceptio *in personam* oder *in rem* sey, so streitet die Präsumtion für die letztere: L. 2. §. 2. u. L. 4. §. 33. *eod.*

Nun giebt es aber auch exceptiones, welche *actiue* in rem, *passiue* in personam sind, d. h. welche zwar nicht bloß von der Hauptperson, sondern auch von den übrigen oben erwähnten Personen, aber nur gegen einen bestimmten Kläger geltend gemacht werden können, wie z. B. die exceptio doli, welche nur Dem entgegengestellt werden kann, der den dolus verübt hat: L. 2. §. 1. u. 2. D. *eod.* — Umgekehrt kommen auch exceptiones vor, welche *actiue* in personam, *passiue* in rem sind, d. h. welche zwar bloß von einer bestimmten Person, aber gegen jeden Kläger gebraucht werden können, z. B. die exceptio iurisiurandi. Wenn nämlich einem Bürgen der Eid angetragen worden ist und dieser geschworen hat, daß er sich nicht verbürgt habe, so kann nur der Bürge, nicht aber der Hauptschuldner dem Kläger die erwähnte Exception entgegenstellen: L. 1. §. 3. D. *Quar. rer. act. non datur.*,

4) nach ihrer Wirkung: in exceptiones *perpetuas* s. *peremtorias* und *temporales* s. *dilatorias*. Jene heben den Klaggrund entweder ganz oder theilweise auf, diese schützen vor der Klage nur auf eine gewisse Zeit: L. 2. §. 4. D. *de Exceptionib.* Eine exceptio *perpetua* ist z. B. die exceptio *quod metus caussa*, weil, sobald der Zwang erwiesen ist, die Klage ohne Wirkung bleibt: §. 9. Inst. *eod.*, eine *dilatoria* aber: die exceptio *procuratoria*, mittelst welcher der Beklagte behauptet, daß der Kläger nicht bevollmächtigt sey: §. 4. *cit.* Endlich

5) nach ihrer Dauer: ebenfalls in *perpetuas* und *temporales*, welche Ausdrücke hier eine andere Bedeutung haben. Exceptiones perpetuae sind nämlich diejenigen, welche niemals ver-

jähren und der Klage, sie möge noch so spät erhoben werden, jederzeit entgegengesetzt werden können: L. 5. §. 6. D. *de Doli mali et met. except.* (Vgl. §. 192.) und diese machen die Regel aus, *temporales* aber die, welchen ausnahmweise eine bestimmte Zeit vorgeschrieben ist, nach deren Ablaufe sie erlöschen, wenn auch in dieser Zeit keine Klage angestellt worden ist. Hierher gehört z. B. die exceptio non numeratae pecuniae: L. 3. C. *de Non numer. pec.*, welche bereits oben (§. 175.) erklärt worden ist.

§. 195.

3) Von Repliken und Dupliken.

Es versteht sich von selbst, daß ein Rechtsstreit nicht mit den vom Beklagten etwa vorgeschützten Einreden endigen kann, sondern daß es dem Kläger frey stehen muß, durch neues Vorbringen die Exceptionen des Beklagten zu widerlegen, und dieß geschieht durch die sogenannte replicatio (Replik): pr. Inst. *de Replicationib.*, welche nun die Stelle der Klage vertritt und, gleich dieser, der Verjährung unterworfen ist: L. 9. §. 4. D. *de Iureiur.* Auf dieselbe Weise kann wieder der Beklagte die Replik durch eine duplicatio (Duplik) unwirksam zu machen suchen: §. 1. Inst. *de Replicationib.*, welche, da sie als exceptio betrachtet werden muß, niemals verjähren kann. Wenn aber hierauf die Partheyen wiederum Sätze wechseln, so werden diese triplicatio (Triplik) und quadruplicatio (Quadruplik) genannt: §. 2. Inst. *eod.*

Besonderer Theil.

Erstes Buch.

Jus Personarum
oder
die Lehre vom Status.

Erster Abschnitt.
Vom Status naturalis.

§. 196.
Einleitung.

***Jus** personarum*: doctrina, quae de statu hominum exponit. (§. 22.)

Status: conditio, qua quis iura in ciuitate habere potest. Wer in irgend einem Staate rechtsfähig ist, wird persona genannt, ist also: homo, qui statu gaudet, weshalb das bloße Wort homo denjenigen Menschen bedeutet, welcher keine juristische Persönlichkeit hat, also einen Sclaven: §. 4. Inst. *de Cap. demin.*

Die personae werden wieder in *veras* s. *physicas* und *fictas* s. *mysticas* s. *morales* eingetheilt.

Persona vera: singulus homo, statu praeditus, seorsim consideratus: ein Individuum.

Persona ficta, in diesem Zusammenhange: jede *vniuersitas personarum:* complexus plurium personarum physicarum, quae in sensu iuris pro vna persona habentur, z. B. der Rath einer Stadt: L. 25. D. *Ad municipal.*

Der status ist aber von doppelter Art:

1) *naturalis:* qui quidem naturae beneficio debetur, sed iure positiuo comprobatus est. Hierher gehören: a. Geburt und

Tod, b. der Unterschied der Geschlechter, c. das Lebensalter, d. der Zustand des Körpers und Geistes und e) Verwandtschaft und Schwägerschaft;

2) *ciuilis:* qui solis legibus positiuis nititur. Dieser ist nach R. R. dreyfach: a. libertatis, b. ciuitatis und c. familiae, wovon jedoch in den Pandekten nur die beyden letztern Gattungen erklärt werden können.

I. Von der Geburt und dem Tode.

§. 197.

1. Von der Geburt.

Rechtsfähig sind nur Diejenigen, welche 1) lebendig geboren sind: L. 129. D. *de V. S.* u. L. 3. C. *de Postum. hered.* u. 2) eine menschliche Gestalt haben: L. 38. u. 135. D. *de V. S.*

a. Was den ersten Punkt anlangt, so gilt dasjenige Kind für lebendig geboren, welches nach seiner Trennung vom Mutterleibe geathmet hat: L. 12. § 1. D. *de Lib. et postum.* Demungeachtet giebt es Fälle, in welchen auch Diejenigen von den Gesetzen berücksichtigt werden, welche noch nicht geboren sind, und daher die Eintheilung in *natos* und *nascituros*.

Natus: qui viuus vtero est exclusus.

Nasciturus s. *Foetus* s. *Venter:* qui adhuc in vtero est. Ueber diesen gilt die Rechtsregel: „nasciturus pro nato habetur, quoties de eius commodo agitur": L. 7. u. 26. D. *de Statu hom.* — Das Interesse eines nasciturus kann aber zur Sprache kommen:

1) hinsichtlich seiner rein persönlichen Rechte (jura personalissima), was besonders bey den Römern in Bezug auf die Freyheit der Fall war. Hier gab nämlich nach ausdrücklicher Vorschrift des R. R. die Zeit der Conception den Ausschlag. Wenn eine Frauensperson im Zustande der Freyheit schwanger geworden war, aber als Sclavin ein Kind zur Welt brachte, so war dieses ein freygeborener Mensch: pr. Inst. *de Ingen.*,

2) hinsichtlich seiner Vermögensrechte. L. 7. D. *de Statu hom.* Hier nahm schon das ältere R. R. wegen der Erbschaftstheilung auf den Fall Bedacht, daß Drillinge geboren werden könnten: L. 3. D. *Si pars hered. pet.*, auch wurde dem nasciturus

nach seines Vaters Tode ein curator bestellt (curator ventris) und für Sicherstellung seines Erbschaftsantheiles gesorgt: L. 1. pr. u. §. 17. D. *de Ventre in possess. mitt.*, endlich auch

3) hinsichtlich der Erhaltung seines Lebens. Denn eine Schwangere, welche verstorben ist, soll, vor ihrem Begräbnisse, erst ihres Kindes ledig werden: L. 3. D. *de Mort. infer.*, die Todesstrafe wird an einer solchen nicht eher als nach der Entbindung vollstreckt: L. 3. D. *de Poen.*, und die procuratio abortus die (Abtreibung der Leibesfrucht) mit harter Ahndung belegt: L. 4. D. *de Extraord. crim.*

Mit dem nasciturus verwechsle man aber nicht den *postumus*: qui post mortem patris nascitur: L. 3. §. 1. D. *de Testam. iniust. rupt.* Denn dieser Begriff entsteht erst nach der Geburt.

b. In Ansehung der menschlichen Gestalt sind alle partus entweder *formosi* oder *deformati*, jenachdem sie die natürliche, menschliche Form haben, oder von derselben abweichen: L. 14. D. *de Statu hom.* Jene sind vollkommen rechtsfähig, diese hingegen von doppelter Art:

1) *monstra* s. *prodigia*: partus, qui in parte essentiali a forma humana discedunt: arg. L. 44. D. *de Relig.*

2) *ostenta* s. *portenta*: homines, qui in parte corporis accidentali sunt destituti: L. 38. D. *de V. S.*

Der Begriff des monstrum bestimmt sich nur nach dem Kopfe, welcher unbezweifelt der Sitz der Seele ist. Fehlt es also dem Geschöpfe an einem menschlich gebildeten Kopfe, so wird es als ein Wesen betrachtet, welches der Vernunft und mithin der Rechte unfähig ist. Weil aber hiernächst solche Mißgeburten, wenn sie fortleben könnten, in contumeliam generis humani existiren würden, der etwa möglichen Fortpflanzung gar nicht zu gedenken, so hat schon Romulus das Gesetz gegeben: „pater insignem ad deformitatem puerum cito necato“! und auch heut zu Tage muß, nach Befinden der Umstände, ein monstrum unter Auctorität der Obrigkeit von dem verpflichteten Arzte getödtet werden.

Ein ostentum hingegen hat einen natürlichen, menschlichen Kopf, weicht aber übrigens auf eine auffallende Weise von der menschlichen Gestalt ab, wie z. B. wenn ein Mensch drey Hände oder Füße hat. Gewöhnliche, körperliche Gebrechen gehören nicht hierher.

Die ostenta sind vollkommen rechtsfähig, ja sie erfreuen sich

sogar, als *personae miserabiles*, eines besondern Schutzes der Gesetze und sind nur insoweit beschränkt, als sie gewisse, öffentliche Aemter, wie z. B. geistliche, nicht bekleiden dürfen: c. 1. X. *de Corp. vitiat. ord.*

§. 198.

2. Vom Tode.

Der Tod eines Menschen kann in der Regel nicht präsumirt, sondern muß bewiesen werden: Nou. 117. c. 11. Nun kommt es aber nicht selten vor, daß Jemand verschollen ist, d. h. daß man seit einer geraumen Zeit von dem Leben, Aufenthalte oder Tode eines Abwesenden keine Nachricht hat. Hier entsteht nun die Frage, ob der Letztere für lebend, oder todt zu erachten sey? Das R. R. schweigt hierüber gänzlich, aber die deutschen Particularrechte nehmen meistens an, daß der Verschollene, wenn er das 70ste Lebensjahr zurückgelegt hat, für todt zu achten sey. Hier muß jedoch, der größeren Sicherheit wegen, eine öffentliche Aufforderung (Edictal-Citation) an den Verschollenen ergehen und mittelst obrigkeitlichen Decretes eine Todeserklärung erfolgen. Wichtig ist dieses wegen der zu transmittirenden Erbschaft.

Wenn mehrere Personen zusammen gestorben sind, in Bezug auf welche es von Wichtigkeit ist, zu wissen, welche von ihnen zuerst gestorben sey, dieser Umstand aber nicht bewiesen werden kann (wie dieß z. B. im Kriege oder bey Schiffbruch vorkommt), so gilt zunächst die Präsumtion, daß die Commorienten in einem und demselben Augenblicke gestorben sind: L. 16 — 18. D. *de Reb. dub.* Von dieser Präsumtion giebt es aber zwey Ausnahmen: 1) wenn es gewiß ist, daß sich unter den verstorbenen Personen theils *puberes*, theils *impuberes* befanden, so nimmt man an, daß letztere zuerst gestorben sind: L. 9. §. 4. D. *eod.* und 2) wenn die Commorienten Adscendenten und Descendenten, diese letztern aber *puberes* sind, so wird der frühere Tod der Adscendenten präsumirt: L. 9. §. 1. D. *eod.* — Beyde Ausnahmen beruhen auf der Ansicht, daß der Schwächere seinen Tod eher finde, als der Stärkere.

II. Vom Unterschiede der Geschlechter.

§. 199.

1. Rechtlicher Standpunkt der beyden Geschlechter.

In der Regel werden beyde Geschlechter nach völlig gleichen Rechten beurtheilt, weshalb auch die häufig vorkommenden Anfangs-Worte der Römischen Gesetze: Si quis, im Zweifel von beyden Geschlechtern zu verstehen sind: L. 1. D. *de V. S.* Demungeachtet giebt es Fälle, in welchen die Rechte der Geschlechter von einander abweichen. In solchen Fällen hat nämlich theils das männliche Geschlecht den Vorzug vor dem weiblichen, theils findet das umgekehrte Verhältniß Statt.

a. Vorrechte des männlichen Geschlechtes:

1) das Recht, Kriegsdienste zu leisten: arg. L. 3. §. 3. D. *de Munerib. et honorib.* Hiermit hängt ein nichtrömisches Rechtsverhältniß zusammen, welches noch in den heutigen Staaten von Wichtigkeit ist, nämlich die Lehnsfähigkeit. Weil nämlich ursprünglich die Lehne nur durch Kriegsdienste erworben werden konnten, so schloß man die Frauenzimmer von aller Lehnserwerbung aus, weshalb denn die Weiberlehne auch noch heut zu Tage nur Ausnahmen von der Regel sind.

2) das Recht, öffentliche Aemter zu bekleiden: L. 2. D. *de R. I.* Doch giebt es auch hier ausgenommene Fälle, wie z. B. bey den alten Römern: die Vestalinnen, seit Justinian: die Mutter und Großmutter, hinsichtlich der Vormundschaften, und heut zu Tage: die Aebtissinnen, Hebammen 2c.

3) das Recht, bey sollennen Rechtsgeschäften, wie z. B. bey einer Testaments-Errichtung, Zeuge zu seyn: §. 6. Inst. *de Testam. ord.*

4) das Recht, für Andere vor Gericht zu erscheinen: L. 1. §. 5. D. *de Postul.* so wie in fremden Angelegenheiten actiones populares anzustellen: L. 6. D. *de Popularib. act.*

5) das Recht, zu adoptiren: §. 10. Inst. *de Adopt.*

6) das Recht der väterlichen Gewalt: §. 3. Inst. *de Hered. qual. et differ.*

7) der Rang vor dem weiblichen Geschlechte: „maior dignitas est in sexu virili“: L. 1. D. *de Senatorib.* und

8) die Freyheit des Wittwers von der Trauerzeit: L. 9. D. *de His, qui not. infam.*

b. Vorrechte des weiblichen Geschlechtes:

1) die ignorantia iuris: Vgl. §. 133. 2. b. α — δ.

2) das beneficium SC. Velleiani, kraft dessen ein Frauenzimmer, welches sich für einen Andern verbürgt hat, nicht nur nicht aus dieser Bürgschaft belangt werden, sondern auch Das, was in Folge derselben schon von ihr bezahlt worden war, zurückfordern kann: L. 9. C. *Ad SC. Vellei.*

3) die Vorrechte der Ehefrau hinsichtlich ihrer Mitgift: L. vn. §. 1. u. 15. C. *de Rei uxor. act.* und

4) der besondere Schutz, dessen sich nach R. R. das weibliche Geschlecht hinsichtlich seiner Keuschheit erfreut: Nov. 139. c. 9. in fin.

§. 200.

2. Hermaphroditi. Castrati. Spadones.

Hermaphroditus (Zwitter): homo, qui vtrumque sexum in se coniungit. Ein Zwitter hat in der Regel alle Rechte der übrigen Staatsbürger, jedoch, wie sich von selbst versteht, nur die des einen oder des andern Geschlechts, jenachdem das eine oder andere [illegible] ihm das vorherrschende ist: L. 10. D. *de Statu hom.* in Verbindung mit L. 15. §. 1. D. *de Testib.* Sollten sich aber beyde Geschlechter auf gleiche Weise zeigen, welchen Fall die Gesetze nicht berühren, so würde nichts übrig bleiben, als dem Zwitter die Wahl zu lassen, die derselbe freylich definitiv nicht eher treffen könnte, als bis er zu dem Jahre der Pubertät gelangt wäre. Von der einmal getroffenen Wahl dürfte er natürlich späterhin nicht zurücktreten. Die Ehe endlich ist einem Zwitter, der guten Sitten halber, wohl nur dann zu gestatten, wenn er nach Ausspruch des verpflichteten Arztes der Functionen des einen oder andern Geschlechts vollkommen fähig ist.

Castratus: vir, qui genitalibus suis plane destitutus est. Dieser wird ohne Ausnahme zu dem männlichen Geschlechte gerechnet und hat auch alle Rechte desselben, nur mit Ausnahme derjenigen, welche auf die Ehe und Kinderzeugung Bezug nehmen. Eine gültige Ehe kann er unter keiner Bedingung schließen: L. 39. §. 1. D. *de Iure dot.*, weil eine solche Verbindung eine widernatürliche seyn würde, und was die Unfähigkeit zur

Kinderzeugung betrifft, so darf er nicht adoptiren: §. 9. Inst. *de Adoptionib.* und keinen postumus zum Erben einsetzen: L. 6. §. 1. D. *de Lib. et postum.*, weil es nicht denkbar ist, daß er eine von ihm schwangere Wittwe hinterlassen habe.

Spado: vir, cuius genitalia sunt impedita. Das Wort spado verstehen die Quellen zuweilen in einem weitern Sinne, so daß auch die Castraten darunter begriffen sind: L. 39. §. 1. D. *de Iure dot.*, im engern Sinne aber ist ein spado Derjenige, welcher zwar gegenwärtig zum Kinderzeugen unfähig, dessen Herstellung aber möglich ist: L. 6. §. 2. D. *de Aedilit. ed.* Darum hat auch der spado das Recht, eine gültige Ehe zu schließen: L. 39. §. 1. D. *de Iure dot.* so wie das Recht, zu adoptiren: §. 9. Inst. *de Adoptionib.* und einen postumus zum Erben einzusetzen: L. 6. pr. D. *de Lib. et postum.* Hat ein spado eine Ehe geschlossen, so darf diese nicht sogleich annullirt werden, sondern es ist der Ablauf dreyer Jahre zu erwarten, und dann erst kann die Annullirung der Ehe erfolgen, wenn keine Besserung eingetreten ist: c. 5. X. *de Frig. et malefic.*

III. Vom Lebensalter.

§. 201.

1. Von den verschiedenen Altersstufen.

Alle Staatsbürger werden nach ihrem Lebensalter in maiores und minores (Volljährige oder Großjährige und Minderjährige) eingetheilt.[1] Maiores sind ohne Unterschied des Geschlechtes alle Die, welche das 25ste Jahr vollständig zurückgelegt haben: L. 3. §. 3. D. *de Minorib.* — Dieses Jahr heißt *legitima aetas*: L. vlt. in fin. D. *de Apellat.* Es wurde nämlich die maior aetas durch die L. Laetoria (Plaetoria) vom J. 490. auf das erwähnte Jahr festgesetzt, weshalb dieses Gesetz auch Lex quinauicennaria genannt wird. — Die minores sind wieder von einer doppelten Art, sie sind nämlich entweder in *prima*, oder in *secunda* aetate constituti: L. 30. C. *de Episcop. aud.* Jene werden impuberes (Unmündige) genannt und, wenn sie sui iuris sind, also unter Vormundschaft stehen: pupilli (Pflegbefohlene, Mündel): L. 239. pr. D. *de V. S.* Letztere aber puberes s. minores in specie, s. adolescentes s. adulti (Mün-

dige oder Minderjährige im engern Sinne) und, wenn sie einen Curator haben: curandi.

Die impuberes sind entweder *infantes*: qui fari non possunt: L. 65. §. 3. *Ad SC. Trebell.*, welche das siebente Jahr ihres Alters noch nicht zurückgelegt haben: L. 14. D. *de Sponsalib.* und dieß gilt für beyde Geschlechter, oder *infantia maiores*, welche wieder in *infantiae proximos* und *pubertati proximos* eingetheilt werden: §. 10. Inst. *de Inutil. stipul.* Diesen letztern Unterschied haben die Gesetze nicht genau bestimmt, doch nimmt man nach einer natürlichen Berechnung an, daß für Knaben das Lebensalter von $10^1/_2$ für Mädchen von $9^1/_2$ die Grenze bilde.

Puberes sind im männlichen Geschlechte die, welche das 14te, im weiblichen die, welche das 12te Jahr vollendet haben: pr. Inst. *Quib. mod. tutel. fin.* — Doch theilt man zuweilen auch noch die pubertas selbst in *plenam* und *minus plenam* ein, jenachdem die Männer das 18te, die Weiber das 14te Lebensjahr zurückgelegt haben, oder nicht: L. 40. §. 1. D. *de Adopt.*

Endlich sind als besondere Altersstufen noch die aetas firmata und die senectus, das Greisenalter, zu erwähnen. Jene tritt bey Männern mit zurückgelegtem 20sten, bey Weibern nach erfülltem 18ten Jahre ein: L. 2. C. *de His, qui ven. aet.*, letztere ist aber für die meisten Fälle auf das vollendete 70ste Jahr gestellt: §. 13. Inst. *de Excus. tut.*

§. 202.

2. Von den rechtlichen Wirkungen dieser Unterschiede.

Die bisher erklärten Altersstufen unterscheiden sich aber in ihren rechtlichen Wirkungen folgendergestalt:

1) *Infantes* können in der Regel durch ihre Handlungen keine rechtlichen Wirkungen hervorbringen: L. 209. D. *de V. S.* u. §. 10. Inst. *de Inutil. stipul.* Doch kommen auch von dieser Regel Ausnahmen vor, indem z. B. die infantes von den ihnen geschenkten Sachen gültiger Weise Besitz ergreifen können: L. 3. C. *de Adquir. vel retin. poss.*

2) *Infantia maiores (impuberes)* können allerdings rechtsgültige Handlungen vornehmen und durch selbige sowohl für sich: §. 9. Inst. *de Inutil. stipul.*, als auch für Andere Rechte erwerben: L. 7. §. 2. u. L. 8. D. *de Instit. act.* — Nur dürfen sie keine Verbindlichkeiten übernehmen, weil solchenfalls

die Genehmigung des Vaters oder Vormundes erforderlich wird: §. 9. Inst. *de Inutil. stipul.*, ausgenommen:

a. wenn es zur Entstehung der Verbindlichkeit gar nicht erst einer Einwilligung bedarf, wie bey dinglichen Rechtsverhältnissen. Wenn z. B. der dritte Besitzer einer Sache, welche dem impubes angehört, Auslagen in Hinsicht auf dieselbe bestritten hat, um sie nicht untergehen zu lassen, so ist der impubes zur Erstattung jener Auslagen, auch ohne Beytritt des Vaters oder Vormundes, verbunden: L. 46. *de Oblig. et act.* Dieselbe Ausnahme kommt vor, wenn der Sclave eines impubes Jemandem einen Schaden zugefügt hat, zu dessen Ersatze der impubes allerdings gehalten ist: L. 2. §. 19. D. *de Vi bon. rapt.* endlich auch beym quasicontractu tutelae: §. 2. Inst. *de Oblig. quae quasi ex contr.*

b. wenn sich der impubes einen dolus zu Schulden gebracht hat und *pubertati* proximus ist: §. 18. Inst. *de Oblig. quae ex del.*, nicht aber, wenn er *infantiae* proximus ist: §. 10. *de Inutil. stipul.* — Doch wird wohl in solchen Fällen nur in concreto zu urtheilen und ganz besonders die Zurechnungsfähigkeit des Einzelnen zu berücksichtigen seyn.

3) *Puberes* (minores) können nach R. R. alle diejenigen Rechtshandlungen gültiger Weise allein vornehmen, bey welchen sie nicht an die Einwilligung eines curator gebunden sind, wie dieß z. B. der Fall ist, wenn sie einen Proceß führen: §. 2. Inst. *de Curatorib.* oder wenn sie Zahlungen in Empfang nehmen: L. 7. §. 2. D. *de Minorib.* — Nach heutigem Rechte stehen sie jedoch bis zu ihrer Volljährigkeit unter der Tutel und werden also insofern, mit wenigen Ausnahmen, welche z. B. die Zurechnungsfähigkeit beym dolus betreffen, den impuberibus gleichgestellt.

Aber nach R. R. kommen auch Fälle vor, in welchen sich der Unterschied zwischen der pubertas plena und minus plena geltend macht. So kann z. B. ein plene pubes Richter seyn: L. 57. pr. D. *de Re iudic.* Auch wird, wenn Jemandem bis zu seiner Pubertät Alimente vermacht worden sind, die pubertas *plena* darunter verstanden: L. 14. §. 1. D. *de Alim. leg.*

4) Die *aetas firmata* kam bey den Römern schon in der ältern Zeit vor, wo z. B. Der, welcher sich selbst als Sclaven hatte verkaufen lassen, um den Kaufpreis zu theilen und späterhin seine Freyheit geltend zu machen, zur Strafe wirklich ein seruus

wurde, dafern er jenes Alter erreicht hatte: §. 4. Inst. *de iure Person.* So durfte auch Der, welcher nicht in diesem Alter stand, nur unter besondern Feyerlichkeiten manumittiren: §. 4. Inst. *Quib. ex caus. manum. non lic.* — Aber nach neuerem R. R. ist die aetas firmata besonders für die venia aetatis von Wichtigkeit. Minderjährige können nämlich ausnahmweise, wenn sie sich bereits in dem erwähnten Alter befinden, vom Landesherrn für volljährig erklärt werden, dafern man sie zur Selbstständigkeit für fähig erachtet: L. 2. C. *de His, qui ven. aet.*

5) *Senectus.* Das Greisenalter erfreut sich mannigfaltiger Vorrechte, namentlich aber

a. der Freyheit von Uebernahme öffentlicher Aemter. Hierher gehören die magistratus municipales: L. 5. pr. D. *de Iure immun.*, die Aemter der Decurionen, welche schon Derjenige von sich ablehnen kann, der das 55ste Jahr zurückgelegt hat: L. 2. §. vlt. D. *de Decurionib.*, so wie das vormundschaftliche Amt: §. 13. Inst. *de Excusat. tut.*

b. Greise können nicht gezwungen werden, Zeugniß abzulegen: L. 8. D. *de Testib.*

c. Niemand kann adoptiren, wenn er nicht bereits das 60ste Lebensjahr erfüllt hat: L. 15. §. 2. D. *de Adopt.* und

d. auch in Straffällen werden die Greise milder beurtheilt, z. B. nach der L. 3. §. 7. D. *de SC. Silan.* u. L. 2. D. *de Term. mot.*

IV. Vom Zustande des Körpers und Geistes.

§. 203.

1) Vom körperlichen Zustande.

Ein mangelhafter Zustand des Körpers, insofern er Einfluß auf Rechte äußert, ist entweder morbus (Krankheit) oder vitium (Gebrechen).

Morbus: temporalis corporis imbecillitas: L. 101. §. 2. D. *de V. S.* Nicht jede Krankheit äußert eine Wirkung auf die Rechte, sondern nur der *morbus sonticus*: qui cuique rei nocet: L. 113. D. *eod.* d. h. eine solche Krankheit, welche zu allen Geschäften unfähig macht, wie z. B. ein Nervenfieber, nicht aber ein intermittirendes: L. 60. D. *de Re iudic.* — Die rechtliche Wirkung des morbus kann aber vierfach seyn:

1) er befreyt von nachtheiligen Folgen processualischer Versäumnisse: L. 60. *cit.*, so wie

2) von Besorgung amtlicher Geschäfte: arg. L. 3. C. *Qui morbo se excus.*,

3) die damit behafteten Einwohner der Provinzen können nicht gezwungen werden, vor dem kaiserlichen Tribunale zu erscheinen, sondern brauchen sich nur an ihren eigenen Richter zu wenden: L. VII. C. *Quando imperator int. pup.* Endlich kann auch

4) bey langwierigen Krankheiten die Bestellung eines curator vorkommen: §. 4. Inst. *de Curatorib.*

Vitium: perpetuum corporis impedimentum: L. 101. §. 2. D. *de V. S.* Hierunter hat man jedes Gebrechen zu verstehen, dessen Heilung unmöglich ist, oder doch, menschlichem Ansehn nach, nicht erwartet werden kann, z. B. gänzliche Verunstaltung oder völliger Mangel einzelner Körpertheile, Blindheit, Taubheit rc. Auch können die Spadonen und Castraten hierher gerechnet werden. — Die rechtlichen Wirkungen des vitium sind in allgemeine und besondere zu theilen, jenachdem sie für alle Gebrechen ohne Unterschied, oder nur für einzelne, bestimmte gelten.

Allgemeine Wirkungen sind: daß die mit einem vitium Behafteten

1) keine öffentlichen Aemter verwalten dürfen: L. 1. u. 2. C. *Qui morbo se excus.*,

2) wegen eines Rechtsstreites nicht gezwungen werden können, ihre Provinz zu verlassen: L. VII. C. *Quando imperator int. pup.* und

3) berechtigt sind, die Bestellung eines curator zu verlangen: §. 4. Inst. *de Curatorib.*

Besondere Wirkungen beziehen sich:

1) auf Taubstumme, welche kein Testament errichten dürfen: L. 6. §. 1. D. *Qui testam. fac. poss.* und

2) auf Blinde, welche nicht als Sachwalter vor Gericht erscheinen können: L. 1. §. 5. *de Postul.*

§. 204.

2) Vom geistigen Zustande.

Alle Geisteskranke werden nach R. R. in furiosos und mente captos eingetheilt: L. 12. pr. D. *de Excusat.* u. L. 25. C. *de Nupt.*

Furiosi: qui dilucida habent interualla.

Mente capti: qui perpetuo insaniunt. Diese werden auch *dementes* genannt. Doch begreifen die Quellen häufig auch die furiosos unter den mente captis: L. 14. D. *de Offic. praes.* und diese unter jenen: §. 1. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* Anderwärts wird wieder der schädliche Wahnsinn oder die Raserey vom unschädlichen oder stillen Wahnsinne unterschieden, so daß z. B. wegen des erstern die Ehescheidung erlaubt, wegen des letztern aber unzulässig ist: L. 22. §. 7. D. *Soluto matrim.*

Die Grundfrage bleibt aber immer die, ob die Geisteskranken lichte Zwischenräume haben, oder nicht? Während der erstern, welche jedoch immer bewiesen werden müssen, kann der Wahnsinnige ganz allein für seine Person jede rechtliche Handlung gültig vornehmen, er kann eine gültige Ehe schließen, Contrakte eingehen, ein Testament errichten, eine Erbschaft antreten rc.: L. 6. C. *de Curator. furios.* u. §. 1. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* Aber der mente captus sowohl, als der furiosus im Zustande des Wahnsinns, können niemals eine gültige Rechtshandlung vornehmen: §. 8. Inst. *de Inutil. stipul.*, sind aber auch hinsichtlich der von ihnen begangenen Verbrechen nicht zurechnungsfähig: L. 60. D. *de Rei vind.* Eben aus diesem Grunde müssen sowohl die furiosi als die mente capti einen curator erhalten, der nicht nur ihr Vermögen verwaltet, sondern auch für ihre persönliche Wohlfahrt Sorge trägt: §. 3. u. 4. Inst. *de Curatorib.*, und die Function des curator furiosi erledigt sich nur auf so lange, als die lichten Zwischenräume des Wahnsinnigen dauern: L. 6. C. *de Curator. furios.*

Unstatthaft ist es endlich, wenn manche Juristen in die über den Wahnsinn geltende Rechtstheorie psychologische Unterscheidungen einmischen und namentlich noch eine dritte Gattung der Wahnsinnigen, die stupidi s. stulti statuiren wollen, d. h. solche Personen, welche nur sehr schwache Verstandeskräfte von der Natur em-

pfangen haben, ohne jedoch den völligen Mangel der letztern an den Tag zu legen. Solche Personen aber werden von dem verpflichteten Arzte entweder für unfähig erklärt, ihren Angelegenheiten vorzustehen, oder nicht. Im erstern Falle gehören sie in die Kategorie der mente capti, im letztern hingegen sind sie den Geistesgesunden beyzuzählen und dürfen nicht bevormundet werden: arg. L. 13. pr. in fin. C. *Arbitrium tutel.*

§. 205.

Prodigi.

Den Wahnsinnigen werden in Hinsicht auf die Verwaltung ihres Vermögens die prodigi gleichgestellt.

Prodigi: quibus, quoniam finem expensarum non habent, bonorum suorum administratione interdictum est. Dieser Begriff entsteht also nicht durch die Handlungsweise des Verschwenders von selbst, sondern durch die amtliche Erklärung, daß Jemand ein Verschwender sey: L. 40. D. *de R. I.* Diese Erklärung gieng bey den Römern von der Obrigkeit (dem praetor oder praefectus vrbi in Rom, von dem praeses in den Provinzen) aus: L. 1. D. *de Curator. furios.*, kann aber heut zu Tage nur auf besondern Befehl des Landesherrn geschehen, an welchen die betreffenden Obrigkeiten Bericht zu erstatten haben. Die Erklärung selbst geschieht in öffentlichen Blättern und hat die Folge, daß der prodigus einen curator bekommt: §. 3. Inst. *de Curatorib.*, ohne dessen Zustimmung er keine Rechtsgeschäfte abschließen kann, welche auf sein Vermögen Bezug nehmen. Gänzlich untersagt ist ihm aber merkwürdiger Weise die Testaments-Errichtung: §. 2. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* — Abgesehen von diesen Beschränkungen ist jedoch der prodigus in allen seinen Handlungen vollkommen frey und ungehindert, weshalb denn der curator auf seine Person keinen Einfluß äußern darf.

Nach R. R. fällt der Rechtszustand eines Verschwenders ipso iure weg, wenn der Letztere wieder einen geordneten Lebenswandel angenommen hat: L. 1. D. *de Curatorib. furios.*, heut zu Tage bedarf es aber zur Aufhebung einer vorgängigen Untersuchung der Umstände und einer abermaligen, amtlichen Erklärung.

V. Von der Verwandtschaft und Schwägerschaft.

1) Von der Verwandtschaft.

§. 206.

a. Begriff.

Cognatio s. *consanguinitas*: vinculum, duas personas intercedens, quae a stipite communi descendunt.

Stipes communis: persona, a qua ii, de quorum cognatione quaeritur, communem originem ducunt.

Hiernach ist die Bedingung jeder Verwandtschaft die Abstammung oder Abkunft und diese ist wieder ohne Zeugung nicht denkbar, daher denn alle Verwandtschaft auf Zeugung beruht, im Gegensatze der adfinitas, Schwägerschaft, welche durch Beyschlaf entsteht. Doch pflegt das Wort cognatio auch in einem gewissen, weitesten Sinne für beyde Begriffe gebraucht zu werden, so daß sie die cognatio im engern Sinne und die adfinitas zugleich umfaßt.

In Hinsicht auf die Verwandtschaft und Schwägerschaft ist gleich im Voraus zu bemerken, daß diese Begriffe in rechtlicher Hinsicht, die Verhältnisse mögen seyn, welche sie wollen, jederzeit nur zwischen zwey Personen vorkommen können, was besonders für die richtige Erklärung der Seitenlinie, welche weiter unten erfolgen wird, von Wichtigkeit ist. Denn es mögen z. B. noch so viele Erben bey einer Erbschaft concurriren, so ist doch stets nur die Verwandtschaft zu ermitteln, welche zwischen jedem derselben und dem Testator Statt findet, nicht aber, wie die mehreren Erben unter sich verwandt sind. Dasselbe gilt von mehreren Söhnen, welche ihren Vater ermorden, in welchem Falle jeder Sohn besonders bestraft wird, weil er das Verbrechen gegen seinen Vater begieng, es also nur auf die Verwandtschaft mit diesem ankommt, ohne Frage, wie viele Söhne an dem parricidium Theil genommen haben, und ganz von selbst versteht es sich bey der Eheschließung, daß allemal nur von der Verwandtschaft zwischen zwey Personen die Rede seyn kann.

Eben so charakteristisch ist es für den Begriff des stipes communis, daß derselbe nur ein relativer Begriff und jederzeit nur in concreto zu beurtheilen ist, indem wir darunter diejenige Person

zu verstehen haben, von der die beyden Personen, nach deren Verwandtschaft wir fragen, ihre gemeinschaftliche Abstammung herleiten.

§. 207.

b. Eintheilungen:

α. in agnationem und cognationem in specie.

Schon das älteste R. R. theilt die cognatio in *agnationem* und *cognationem in specie* ein und leitet von dieser Eintheilung die wichtigsten Wirkungen ab.

Agnatio: vinculum consanguinitatis legibus ciuilibus comprobatum. Hierunter ist jede Verwandtschaft zu verstehen, welcher die Gesetze bürgerliche Wirkungen zuschreiben, wie z. B. die väterliche Gewalt, das Erbrecht ꝛc.

Cognatio in specie: vinculum consanguinitatis legibus ciuilibus ignotum. Diese Art der Verwandtschaft ist bloß auf die Natur, nicht aber auf die Gesetze gestützt, so daß z. B. nach altem R. R. die Mütter ihren Kindern und die Kinder ihren Müttern nicht succediren konnten.

Wenn man nun fragt, welche Verwandtschaft bey den Römern agnatio, welche cognatio sey, also, wie die Verwandtschaft beschaffen seyn müsse, wenn sie bürgerliche Wirkungen hervorbringen solle, so kann man zwar im Allgemeinen antworten, daß die agnatio durch Zeugung, also durch Personen männlichen Geschlechts, die cognatio hingegen durch Geburt, also durch Personen weiblichen Geschlechts hervorgebracht werde: §. VII. Inst. *de Legit. agnator. tut.* u. §. 1. Inst. *de Legit. agnator. success.* aber dennoch ist diese Erklärung nicht erschöpfend, wie dieß aus dem Verhältnisse zwischen Vater und Sohn unwiderleglich hervorgeht. So lange sich nämlich der Sohn in väterlicher Gewalt befand, war er agnatus seines Vaters, weil die Gesetze die gegenseitigen Rechte dieser Personen anerkannten, durch die Emancipation wurde er aber cognatus seines Vaters, d. h. er trat aus der Familie des Letztern und verlor demnach alle hiermit verbunden gewesenen Rechte, blieb aber dennoch seinem Vater durch das natürliche Band der Zeugung verbunden: L. 4. §. 10. D. *de Gradib. et adfin.* Zudem kann ja nach R. R. auch die agnatio ohne Zeugung, nämlich durch Adoption erworben

werden: L. 4. §. 2. D. *eod.* Hierdurch rechtfertigen sich die oben gegebenen Definitionen.

Endlich hebt das alte R. R. noch eine besondere Gattung der agnatio hervor, nämlich die sogenannte *gentilitas*: agnatio duas personas intercedens, quae quidem a stipite communi descendunt, nec tamen *gradum* suae consanguinitatis demonstrare possunt. Alle gentiles waren agnati, was sie durch das nomen familiare bewiesen, konnten aber den Grad ihrer Verwandtschaft nicht darthun. Die Wirkung der Gentilität war nach den 12 Tafeln das Erbrecht und die gesetzliche Vormundschaft.

Aber den ganzen Unterschied zwischen agnatio und cognatio hob Justinian in der 118ten Novelle c. 4. auf, nachdem der Prätor bereits dasselbe hinsichtlich der gentiles gethan hatte.

§. 208.

β. In cognationem veram et fictam.

αα. Cognatio vera.

Cognatio vera s. *naturalis*: quae vera et corporali procreatione efficitur.

Cognatio ficta: quae in natura non exstat, sed iuris fictione nititur.

Die cognatio *vera* ist entweder *legitima* oder *illegitima*, jenachdem die Zeugung, durch welche die Verwandtschaft entstand, in einer gültigen Ehe, oder in einem außerehelichen Beyschlafe geschah. — Diese Eintheilung äußert zwar auf alle Verwandte, namentlich in Hinsicht auf die Succession, ihren rechtlichen Einfluß, ist aber am Wichtigsten in Betreff der Kinder. Diejenigen Kinder, welche liberi legitimi seyn sollen, müssen innerhalb der von den Gesetzen festgestellten Zeit geboren seyn, nämlich sie dürfen weder vor Anfang des 7ten Monates nach eingegangener: L. 12. D. *de Statu hom.* noch nach vollendetem 10ten Monate nach aufgelöster Ehe geboren seyn: L. 3. §. 11. D. *de Suis et legit. her.* Fällt aber die Geburt in die gesetzliche Zeit, so gilt die Präsumtion, daß die Kinder eheliche sind. Daher der Grundsatz: „pater est, quem iustae nuptiae demonstrant“: L. 5. D. *de In ius voc.* Doch versteht es sich von selbst, daß diese Präsumtion eine praesumtio iuris simplex ist, mithin den

Beweis des Gegentheiles zuläßt: L. 6. D. *de His, qui sui vel alieni iur.*

Liberi illegitimi (uneheliche Kinder) werden nach dem R. R. in folgende Gattungen eingetheilt:

1) *naturales*: aus dem Concubinate: L. 2. C. *de Naturalib. lib.*, welcher bey den Römern, obwohl keine Ehe, doch eine erlaubte Geschlechtsverbindung war, die zwischen einem Römischen Bürger und einem Frauenzimmer geringeren Standes zwar auf die Dauer, aber bloß zur Befriedigung des Geschlechtstriebes eingegangen wurde. Doch kommt der Ausdruck: liberi naturales noch in zwey andern juristischen Bedeutungen vor, indem er a. solche Kinder bezeichnet, welche zwar außerhalb einer gültigen Ehe, aber aus irgend einer erlaubten Geschlechtsverbindung erzeugt sind, nämlich, auch abgesehen vom Concubinate, aus dem matrimonium iuris gentium und aus dem contubernium: §. 5. Inst. *Qui et ex quib. caus. manum.* b. solche, welche den Adoptivkindern entgegengesetzt werden: L. 1. §. 4. in fin. D. *Vnde cogn.*

2) *spurii* s. *nothi*: aus dem stuprum, d. h. aus einem mit einem ehrbaren, ledigen Frauenzimmer gepflogenen Beyschlafe: L. 23. D. *de Statu hom.*

3) *vulgo quaesiti*: aus der fornicatio, nämlich aus dem Beyschlafe mit einer meretrix: L. 23. *cit.* — Doch geht aus demselben Gesetze hervor, daß das R. R. die Ausdrücke: spurii und vulgo quaesiti auch gleichbedeutend nimmt.

4) *incestuosi*: aus dem incestus (Blutschande), d. h. aus einer Geschlechtsverbindung zwischen solchen Personen, welche im verbotenen Grade der Verwandtschaft oder Schwägerschaft zu einander stehen: L. 53. D. *de Ritu nupt.*

5) *adulterini*: aus dem adulterium (Ehebruche): L. 6. §. 1. D. *Ad leg. Iul. de adulter.*

Heut zu Tage sind die liberi naturales im eigentlichen Sinne völlig unbekannt, weil es bey uns, außer der Ehe, keine erlaubte Geschlechtsverbindung giebt.

§. 209.

ββ. Cognatio ficta.

Die cognatio ficta ist heut zu Tage von einer doppelten Art:

1) *ciuilis* s. *legalis*: quae per adoptionem efficitur: L. 1. §. 4. D. *Vnde cognat.* und

2) *spiritualis* (geistige Verwandtschaft): quae interueniente sacramento contrahitur. Diese ist durch das canonische Recht eingeführt, aber von den Protestanten gänzlich aufgehoben worden. In der heutigen katholischen Kirche entspringt sie nur noch aus dem Sacramente der Taufe und aus dem der Firmelung: Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 2. *de Reform. matrim.*

Die cognatio ficta ist besonders wichtig als Ehehinderniß, wovon unten in der betreffenden Lehre die Rede seyn wird.

§. 210.

c. Computatio graduum:

α. Romana.

Um zu erfahren, wie zwey fragliche Personen mit einander verwandt sind, muß man sich eines wissenschaftlichen Hülfsmittels bedienen, welches computatio graduum genannt wird. Die ausführliche Darstellung dieser Lehre gehört in die Institutionen. Hier haben wir bloß den Unterschied zwischen der Römischen und canonischen Computation, so wie die Grundbegriffe von gradus und linea zu erörtern.

Gradus: distantia cognatorum. Durch dieses Wort bezeichnet man die Entfernung, welche zwischen zwey Personen durch Zeugung eintritt.

Linea: forma, sub qua vinculum consanguinitatis se exserit. Dieser Begriff hat den Zweck, daß man den Unterschied zwischen Descendenten oder Ascendenten und den Seitenverwandten richtig bezeichnen könne, weil von diesem Unterschiede die wichtigsten Wirkungen abhängen. Man darf aber bey dem Worte: linea nicht an eine series personarum denken, wie das canonische Recht sie darstellt (denn eine ganze Reihe von Personen bildet vielmehr ein schema cognationis, einen Stammbaum, ein Geschlechtsregister), sondern die linea ist nach R. R. die, welche von der einen verwandten Person zu der andern gezogen werden muß, wenn man das zwischen Beyden obwaltende Verwandtschafts-Verhältniß ermitteln will. Diese Linie nun wird

in rectam und obliquam eingetheilt, d. h. sie ist entweder 1) eine perpendiculäre, welche stets einen Adscendenten mit einem Descendenten verbindet, oder 2) eine horizontale oder auch eine diagonale, welche von der einen Person zu derjenigen gezogen wird, die nicht über, oder unter ihr, sondern ihr zur Seite steht. Knüpft man nun hieran den oben (§. 206.) aufgestellten Satz, daß in juristischer Hinsicht die Verwandtschaft in jedem vorkommenden Falle nur zwischen zwey Personen Statt finde, so lassen sich die Begriffe der linea recta und obliqua folgendermaaßen definiren:

Linea recta (gerade Linie, auf- oder absteigende Linie): linea, quae adscendentem et descendentem coniungit: L. 51. u. L. 220. D. *de V. S.*

Linea obliqua s. *transuersa* s. *collateralis* (Seitenlinie): linea duas personas intercedens, quae quidem a communi stipite descendunt, quarum tamen neutra alteram generauit: L. 1. pr. und L. 10. §. 8. D. *de Gradib. et adfin.*

Die Ausdrücke: linea recta und obliqua kommen nicht in den Quellen vor, sondern letztere bedienen sich, wie aus den angeführten Gesetzstellen zu ersehen ist, für die gerade Linie der Worte: superioris ordinis cognati, s. parentes oder: inferioris ordinis cognati s. liberi s. filii, für die Seitenlinie der Worte: ex transuerso s. a latere cognati.

In der Seitenlinie stellt sich noch ein besonderer, wichtiger Begriff heraus, nämlich der des *respectus parentelae*: vinculum consanguinitatis, quod duos collaterales ita intercedit, vt alter stipiti communi immediate subsit, alter ab eo sit remotior: §. 5. Inst. *de Nupt.* Hier wird erfordert, daß die eine Person unmittelbar von dem stipes communis abstamme, daß sie also der Sohn, oder die Tochter desselben sey, die andere Person aber vom stipes communis nur mittelbar ihre Abkunft herleite, wie der Enkel oder Urenkel desselben. Es reicht also keinesweges hin, wenn die eine Person dem stipes communis bloß näher steht, als die andere, weil dann jene für letztere nicht patris oder matris, aui oder auiae loco seyn könnte. In der geraden Linie kann es aber keinen respectus parentelae im juristischen Sinne geben, weil in dieser das Respects-Verhältniß schon durch die Natur eingeführt ist.

Was nun aber die Römische Computation selbst betrifft, so beruht sie auf der sehr natürlichen und höchst einfachen Regel:

quot sunt generationes, tot sunt gradus, d. h. es werden die sämmtlichen Zeugungen gezählt, welche zwischen den beyden verwandten Personen mitten inne liegen und nach welchen sich dann die Zahl der Grade von selbst bestimmt. Diese Regel wendet das R. R. nicht nur in der geraden, sondern auch in der Seitenlinie an, so daß in der letztern von der einen fraglichen Person zum stipes communis hinauf, und von diesem zu der andern fraglichen Person hinabgezählt wird: L. 10. §. 9. D. *de Gradib. et adfin.*

Das canonische Recht aber schließt sich dieser Berechnungsart nur in Hinsicht auf die linea recta an, in Betreff der obliqua hingegen stellt es abweichende Regeln auf, von welchen nun besonders die Rede seyn soll.

§. 211.

β. Computatio canonica.

Bis zum 6ten Jahrhunderte bediente sich die christliche Kirche auch in der Seitenlinie der computatio Romana, bey welcher nach dem großen Schisma, d. h. nach der Trennung der abendländischen von der morgenländischen Kirche, die sich im 9ten Jahrhunderte ereignete, die letztere verblieb. Aber die abendländische Kirche entfernte sich seit dem 6ten Jahrhunderte in Betreff der Seitenlinie von der Römischen Computation und nahm, in Folge des Verkehrs mit germanischen Völkern, welche die Verwandtschaft nicht nach Graden, sondern nach der Sippzahl computirten, eine andere Berechnung der Verwandtschaftsgrade an. Nämlich nach R. R. bewirkt jede Zeugung einen Grad. Wenn also Jemand zwey Söhne und jeder dieser beyden Brüder wieder einen Sohn zeugt, so sind diese Geschwisterkinder im vierten Grade der Seitenlinie mit einander verwandt, denn es liegen vier Zeugungen zwischen ihnen u. s. w. — Aber das canonische Recht versteht, nach Vorgang des germanischen, unter Graden in der Seitenlinie diejenigen Stufen, welche durch das allmählige Wachsen und Vorwärtsschreiten der Familie entstehen und welche man, obwohl in einem andern Sinne, als im Römischen, am Passendsten Generationen oder Glieder nennen wird. Es zeugt Jemand zwey Söhne. Diese bilden den Stamm der Familie, stehen also in der ersten Generation oder auf dem ersten Grade. Jeder von ihnen zeugt wieder einen Sohn. Diese Geschwisterkinder stehen in der zweiten Generation oder auf dem

zweyten Grade, die von diesen erzeugten Kinder auf dem dritten u. s. w. so daß es denn nach der canonischen Computation nicht darauf ankommt, wieviele Zeugungen zwischen den fraglichen, verwandten Personen liegen, sondern in der wievielten Generation jede derselben von dem gemeinschaftlichen Stammvater (stipes communis) entfernt ist. Weil aber die Generationen, in welchen sich die fraglichen Personen befinden, nicht immer gleich weit vom stipes communis entfernt sind, so theilt das canonische Recht die linea obliqua in aequalem und inaequalem (in die gleiche und ungleiche Seitenlinie) ein und stellt über jene die Regel auf: quoto gradu altera persona distat a communi stipite, eodem gradu cognata est alteri, denn hier stehen beyde Personen in derselben Generation. So sind z. B. Geschwisterkinder im zweyten Grade der gleichen Seitenlinie mit einander verwandt, weil Beyde in der zweyten Generation vom gemeinschaftlichen Stammvater entfernt sind. Dagegen sagt das canonische Recht über die ungleiche Seitenlinie: quoto gradu persona *remotior* distat a communi stipite, eodem gradu cognata est alteri: c. vlt. X. *de Consanguinit.* So ist z. B. der Neffe mit seinem Oheim im zweyten Grade der ungleichen Seitenlinie verwandt. Weil aber die Computation in der ungleichen Seitenlinie stets einen Zweifel übrig läßt, indem man zwar die Entfernung der einen Person vom stipes communis, nicht aber die der andern angiebt, so ist es unumgänglich nothwendig, daß auch desjenigen Grades Erwähnung geschehe, auf welchem sich die nähere Person befindet, daß man also z. B. sage: A. ist mit B. im dritten und vierten Grade der Seitenlinie verwandt. Die canonische Computation wurde zuerst in einer Decretale Gregor's d. Gr. vom Jahre 603. geltend gemacht: c. 20. C. *XXXV.* *qu.* 2., später in einer andern des Papstes Zacharias vom Jahre 742.: c. 4. C. *XXXV.* *qu.* 5. wo es heißt: „siquidem ego et frater meus vna generatio sumus primumque gradum efficimus, nulloque gradu distamus, rursus filius meus fratrisque mei filius secunda generatio sunt etc. Demungeachtet behielt man noch in vielen Gegenden des Occidentes, welche unter dem Einflusse des R. R. standen, namentlich in Spanien, die Römische Computation bey, bis endlich der Papst Alexander II. durch eine sehr ausführliche Decretale vom Jahre 1065. die canonische Computation als die einzig gültige und rechtmäßige bestätigte: c. 2. C. *XXXV.* *qu.* 5.

Heut zu Tage gilt die canonische Computation in Ehesachen und beym Verwandtenmorde, die römische hingegen in allen Successionsfällen.

§. 212.

d. Mehrfache Verwandtschaft.

Die cognatio ist entweder simplex (einfache) oder multiplex s. composita (mehrfache Verwandtschaft), jenachdem sie bloß auf einem, oder auf mehreren Gründen beruht. Die mehrfache Verwandtschaft kann auf eine doppelte Weise entstehen:

1) wenn zu der bereits vorhandenen cognatio vera noch die cognatio ficta tritt, z. B. wenn ein Großvater seinen Enkel adoptirt: §. 6. Inst. *de Adopt.* und

2) wenn die vera cognatio selbst von verschiedenen Seiten herrührt: L. 10. §. 14. D. *de Gradib. et adfin.* Hier heißt es z. B. „meine väterliche Großmutter hat Deinen Vater geheyrathet und Dich zur Welt gebracht, Deine väterliche Großmutter hat meinen Vater geheyrathet und mich geboren. Daher bist Du mein väterlicher Oheim und ich bin der Deinige.“ — Ein anderes Beyspiel ist in dem Falle vorhanden, daß Geschwisterkinder einander geheyrathet und Kinder gezeugt haben. Diese Kinder sind nicht nur Geschwister, sondern auch Andergeschwisterkinder.

§. 213.

e. Vollbürtige und halbbürtige Verwandtschaft.

Der Begriff der vollbürtigen und halbbürtigen Verwandtschaft kann niemals in linea *recta*, sondern stets nur in linea *obliqua* vorkommen und äußert nach R. R. seine Wirkung nur auf Geschwister, kann aber auch durch die ganze Seitenverwandtschaft hindurch geführt werden, wovon das deutsche Recht den Beweis giebt, welches die Regel aufstellt: die halbe Geburt tritt einen Grad weiter.

Was nun nach R. R. die vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister betrifft, so sind die erstern solche Geschwister, welche Vater und Mutter mit einander gemein haben und daher germani s. bilaterales genannt werden, letztere aber heißen vnilaterales und werden in consanguineos und vterinos eingetheilt, jenachdem sie denselben Vater, aber verschiedene Mütter, oder dieselbe Mutter, aber verschiedene Väter haben: L. 27. C. *de Inoffic. test.* Doch

geht aus dieser Gesetzstelle zugleich hervor, daß das Wort consanguinei auch gleichbedeutend mit germanis gebraucht wird.

§. 214.

2) Von der Schwägerschaft.

Adfinitas (Schwägerschaft): vinculum, quod intercedit coeuntem vnum et alterius coeuntis cognatos. Sie ist das Band, welches zwischen dem einen Ehegatten (oder concumbens) und den Blutsverwandten des andern Statt findet: L. 4. §. 3. D. *de Gradib. et adfin.* Doch wird zuweilen auch die eheliche Verbindung selbst adfinitas genannt: L. 38. §. 1. D. *de Vsur.*

Die eigentliche Schwägerschaft, von welcher hier allein die Rede ist, kann nicht anders gedacht werden, als wenn zwischen dem einen Concumbenten und gewissen dritten Personen bereits eine consanguinitas besteht, mit welchen nun der andere Concumbent in das Band der adfinitas eintritt. Daher muß man die Regel in's Auge fassen: adfinitas cum consanguinitate pari passu ambulat. Hiernach sind dieselben Grundsätze, welche über die consanguinitas gelten, analogisch auch auf die adfinitas anzuwenden, mithin, was freylich das R. R., aber ohne Grund, läugnet: L. 4. §. 4. D. *de Gradib. et adfin.*, die Begriffe des gradus und der linea, so daß sich die ganze Lehre von der computatio graduum in adfinitate durch folgenden klaren Satz umfassen läßt: quali linea, vel quoto gradu mihi aliquis cognatus est, eadem linea, eodemue gradu illius coniux mihi censetur adfinis: c. 3. C. *XXXV. qu.* 5.

Da nun aber der Beyschlaf, durch welchen allein die adfinitas hervorgebracht werden kann, entweder ein ehelicher, oder ein unehelicher ist, so wird die adfinitas in legitimam und illegitimam eingetheilt: L. 14. §. 3. D. *de Ritu nupt.*, welche Eintheilung wegen der Ehehindernisse allerdings zu berücksichtigen ist und zwar nicht bloß nach R. R. (vgl. die angeführte L. 14. §. 3.), sondern auch heut zu Tage: c. 10. X. *de Eo, qui cognou. consanguin.*

Endlich ist noch das Sprüchwort zu erklären: adfines inter se non sunt adfines. Dieses bedeutet, daß die Verwandten des einen Ehegatten keinesweges verschwägert sind mit den Verwandten des andern Ehegatten und überhaupt in keiner gesetzlichen Verbindung stehen. Hieraus geht hervor, daß zwey Brüder ohne Hinderniß

zwey Schwestern heyrathen können, und daß dasselbe Verhältniß in Bezug auf zusammengebrachte Kinder (compriuignos) Statt findet: L. 10. §. 13. D. *de Gradib. et adfin.* u. L. 34. §. 2. D. *de Ritu. nupt.*

§. 215.

3. Gesetzliche Wirkungen der Verwandtschaft und Schwägerschaft.

Obwohl die Verwandtschaft und Schwägerschaft unmittelbar auf der Natur beruhen, so bringen sie doch im Staate gewisse von den positiven Gesetzen vorgeschriebene Wirkungen hervor:

1) sie sind Ehehindernisse, von welchen unten in der betreffenden Lehre die Rede seyn wird, und hiermit hängen zugleich die Strafen des Incestes zusammen,

2) die Verwandtschaft, niemals aber die Schwägerschaft, ertheilt das gesetzliche Erbrecht, wovon unten in der Lehre von der Erbschaft gehandelt werden wird,

3) Stand und Name bestimmen sich bey ehelichen Kindern nach dem des Vaters, bey unehelichen nach dem der Mutter und

4) geht aus der Verwandtschaft noch ganz besonders die Verbindlichkeit zur Alimentation hervor, über welche folgende Regeln zu merken sind:

a. in linea recta können

α. die Descendenten von ihren Adscendenten Alimente verlangen und zwar dergestalt, daß der Vater und die väterlichen Adscendenten die nächste Verpflichtung auf sich haben, daß aber, wenn diese fehlen, oder außer Stande sind, ihrer Pflicht zu genügen, in subsidium die Mutter und die mütterlichen Adscendenten dazu verbunden sind: L. 5. §. 1. u. L. 8. D. *de Agnosc. et al. lib.* Dieselbe Verpflichtung haben die Adscendenten der liberi naturales, also der aus dem Concubinate erzeugten Kinder: Nou. 89. c. 13. Aber die übrigen außerehelichen Kinder können die Alimente nur von ihrer Mutter und dem mütterlichen Großvater verlangen: L. 5. §. 4. u. 5. D. *de Agnosc. et al. lib.*, ausgenommen die liberi incestuosi, welche gar keine Alimente fordern können: Nou. 89. c. 15. — Nach der heutigen Praxis ist aber auch der Vater unehelicher Kinder zur Ernährung derselben verbunden.

β. Umgekehrt haben die Verpflichtung zur Alimentation die Descendenten gegen ihre Adscendenten, wenn diese nicht mehr im Stande sind, sich selbst zu ernähren: L. 5. §. 1. D. *de Agnosc. et al. lib.*

b. in linea obliqua erstreckt sich die Alimentations-Verbindlichkeit eigentlich nur auf die Geschwister, dafern sich dieselben nicht ernähren können: L. 13. §. 2. D. *de Admin. et peric. tut.* — Aber in Bezug auf entferntere Seitenverwandte und adfines des ersten Grades wird diese Verpflichtung von den Gesetzen insofern anerkannt, als die solchen Personen bereits verabreichten Alimente nicht zurückgefordert werden können: L. 27. §. 1. D. *de Negot. gest.* u. L. 15. C. *eod.*, der Geber müßte sich denn die Wiedererstattung ausdrücklich vorbehalten haben: L. 11. C. *eod.* — Hier ist also eine obligatio naturalis iure ciuili non plane reprobata vorhanden, indem die genannten Personen zwar nicht auf Alimente klagen, wohl aber Dem, welcher sie ihnen freywillig gereicht und nun auf Wiedererstattung derselben klagt, eine exceptio entgegen stellen können.

c. Die Höhe der Alimente hat der Richter nach seinem Ermessen zu bestimmen, wobey derselbe auf den Stand der berechtigten und auf das Vermögen der verpflichteten Person Rücksicht nehmen, zugleich aber auch beurtheilen muß, ob die zu verabreichenden alimenta bloß naturalia, welche in den gewöhnlichen Lebensbedürfnissen bestehen, oder auch ciuilia seyn sollen, welche auf Ausbildung des Geistes und auf Vorbereitung zu einem künftigen Lebensberufe gerichtet sind: L. 5. §. 10. 19. u. 25. D. *de Agnosc. et al. lib.*

d. Jede Alimentations-Verbindlichkeit ist nur subsidiarisch, indem Niemand auf Alimente Anspruch machen kann, der selbst so viel Vermögen besitzt, daß er seinen Lebensunterhalt bestreiten kann: L. 5. §. 7. D. *eod.* und

e. die Verpflichtung, Alimente zu leisten, fällt weg, wenn Der, der darauf Anspruch hätte, sich einer Handlung schuldig macht, wegen welcher er enterbt werden könnte: L. 5. *cit.* §. 11.

Zweyter Abschnitt.

Vom Status ciuilis.

Erstes Capitel.

Vom status ciuitatis.

I. Von der Civität physischer Personen.

§. 216.

1) Im Allgemeinen.

Der status ciuilis, welcher lediglich auf dem positiven Rechte beruht, war bey den Römern entweder libertatis, oder ciuitatis, oder familiae. Da aber heut zu Tage, wenigstens in Deutschland, der Begriff der Sclaverey gänzlich aufgehört hat, so kann die Lehre von dem status libertatis nur in den Institutionen abgehandelt werden, dahingegen für die Pandekten der status civitatis und familiae übrig bleiben. Der erstere ist aber aus einem doppelten Gesichtspunkte zu betrachten, nämlich 1) in Bezug auf Individuen oder physische Personen und 2) in Hinsicht auf moralische Personen (§. 196.)

Civität ist der Inbegriff aller Rechte und Pflichten, welche einen Staatsbürger als solchen betreffen. Sie läßt sich in eine allgemeine und eine besondere eintheilen, jenachdem sie sich auf alle Staatsbürger erstreckt, oder nur auf die Bewohner eines bestimmten Ortes Anwendung leidet. Erworben wird die Civität 1) durch Geburt, welche sich bey ehelichen Kindern nach dem Vater, bey unehelichen nach der Mutter richtet: L. 1. §. 2. D. *Ad municipal.* Dieselbe Wirkung, wie die Geburt, bringt in Hinsicht auf die Civität auch die Adoption hervor: L. 15. §. 3. D. *eod.*, 2) durch ausdrückliche Ertheilung des Bürgerrechts an eine bestimmte Person: L. 1. §. 1. D. *eod.*

und 3) durch den Wohnort, welchen sich Jemand erwählt hat: §. 124. Aufgehoben wird die Civität 1) durch den Tod, 2) durch capitis deminutio: L. 16. D. *eod.* und 3) durch Verzichtleistung, dafern sich der Entsagende dadurch nicht besondern Verpflichtungen, wie z. B. der Verwaltung öffentlicher Aemter, entziehen will: L. 34. D. *eod.*

§. 217.

2) Schmälerung der bürgerlichen Ehrenrechte:

a. Infamia iuris.

Nach dem Rechte jedes Staatsbürgers auf sein Leben, giebt es kein höheres, als das auf die bürgerliche Ehre. Diese heißt bey den Römern: *Existimatio*: dignitas, qua iustus ciuis ex legum dispositione fruitur. Sie ist das nothwendige Anerkenntniß von Seiten des Gesetzes, daß Jemand kraft seines tadellosen Lebenswandels die unbedingte Achtung der übrigen Staatsbürger verdiene: L. 5. §. 1. D. *de Extraord. cognit.* — Die existimatio kann entweder ganz vernichtet werden, wie z. B. durch Deportation: L. 5. §. 3. D. *eod.*, oder nur geschmälert, welches letztere auf eine dreyfache Weise geschehen kann: 1) durch infamia iuris, 2) durch turpitudo, welche von den Neueren auch infamia facti genannt wird, und 3) durch leuis notae macula.

Infamia iuris: status laesae dignitatis, quem quis propter facta illicita, legibus notata, poenae caussa incurrit: L. 1. D. *de His, qui not. infam.*

Nach R. R. wurde die infamia iuris in *immediatam* und *mediatam* eingetheilt: L. 4. §. 4. D. *eod.* u. L. 43. §. 12. D. *de Ritu nupt.*

Immediata: quae ipsum delictum in continenti sequitur.

Mediata: quae non nisi per sententiam iudicis infligi potest.

Diese Eintheilung war nach R. R. insofern von rechtlichem Einflusse, als bey der unmittelbaren Infamie, welche gleich nach begangenem Verbrechen erfolgte, auch die Wirkungen derselben augenblicklich eintraten, dahingegen bey der mittelbaren diese Wirkungen sich erst nach dem richterlichen Urtheile geltend machten. So hatten z. B. die Fälscher die infamia iuris mediata: L. 21. pr. D. *de Testib.* War nun ein solcher nach begangenem Verbrechen, aber vor dem richterlichen Urtheile als Zeuge zu einer

Testaments-Errichtung gezogen worden, so konnte das Testament nicht als iniustum angefochten werden.

Heut zu Tage ist aber der Begriff der infamia iuris *immediata* gänzlich unbekannt, vielmehr ist jede infamia nur *mediata* und setzt daher stets ein richterliches Urtheil voraus, welches entweder nur und ausdrücklich auf Infamie gerichtet ist (poenae simpliciter infamantes), oder auf eine andere Strafe, welche die Infamie mit sich bringt (poenae concomitanter infamantes).

Nach R. R. waren folgende Personen mit der Infamie belegt:

1) mit der infamia iuris *immediata*:

a. die Soldaten nach der missio ignominiosa: L. 2. pr. und §. 2. D. *de His, qui not. infam.*

b. die Schauspieler und Gladiatoren: L. 2. §. 5. *eod.*

c. lenones und meretrices: L. 4. §. 2. *eod.* u. L. 43. pr. und §. 4. D. *de Ritu nupt.*

d. Ehefrauen, welche beym Ehebruche betroffen worden sind, L. 43. §. 12. D. *eod.*

e. Wittwen, welche innerhalb der Trauerzeit wieder geheyrathet: L. 15. C. *Ex quib. caus. infam. irrog.*, oder einen unzüchtigen Lebenswandel geführt haben: Nov. 39. c. 2. §. 1. Derselben Strafe werden auch der Ehemann, so wie der Vater der Wittwe unterworfen, wenn sie das Verhältniß gekannt haben: L. 1. D. *de His, qui not. infam.*,

f. Diejenigen, welche in einem verbotenen Grade der Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft eine Ehe oder Verlobung schließen: L. 13. §. 4. *eod.*,

g. Die, welche eine Doppelehe, oder eine doppelte Verlobung eingehen: L. 1. *eod.* Dieselbe Strafe trifft auch den Vater, welcher eine solche Verbindung zugiebt: L. 13. §. 1. *eod.*

h. Vormünder oder Curatoren, welche die ihrer Tutel oder Curatel anvertrauten Frauenzimmer zu einer Zeit heyrathen oder an ihre Söhne verheyrathen, in welcher Jene noch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen können: L. 66. D. *de Ritu nupt.*,

i. die Wittwe, welche, um die bonorum possessio ventris nomine zu erhalten, der Wahrheit zuwider angegeben hat, daß sie von ihrem verstorbenen Ehemanne schwanger sey: L. 15. u. 16.

D. *de His*, *qui not. infam.* Dieselbe Strafe trifft den Vater, wenn er um den Betrug gewußt hat: L. 19. *eod.* und

k. die überwiesenen Wucherer: L. 20. C. *Ex quib. caus. infam. irrog.*

2) mit der infamia iuris *mediata*:

a. Die, welche wegen eines delictum publicum *ordinarium*, z. B. ex lege Cornelia de falsis, verurtheilt worden sind: L. 7. D. *de Publ. iud.*, nicht minder

b. wegen folgender delicta publica *extraordinaria*:

α. wegen des crimen sepulcri violati: L. 1. D. *de Sepulcro viol.*

β. wegen des crimen praeuaricationis: L. 4. D. *de Praeuaric.* und

γ. wegen des crimen stellionatus: L. 13. §. vlt. D. *de His, qui not. infam.*

c. Die, welche wegen eines delictum priuatum *verum* verurtheilt worden sind: L. 4. §. 5. D. *eod.*, oder in Hinsicht auf dasselbe einen Vergleich geschlossen haben: §. 5. *cit.* Endlich

d. Diejenigen, welche sich bey Abschließung eines contractus *sanctus* einen dolus zu Schulden gebracht haben und in Folge einer actio *directa* verurtheilt worden sind: §. 2. Inst. *de Poena temere litig.* Solcher Contrakte giebt es aber vier: tutela, depositum, societas und mandatum, welche sämmtlich ein besonderes, persönliches Vertrauen voraussetzen.

§. 218.

b. Turpitudo.

Turpitudo: status laesae dignitatis, qui alicui propter ignominiosam viuendi rationem adhaeret. Diese wird von den Neuern auch *infamia facti* genannt, weil sie, im Gegensatze der infamia *iuris*, solche Handlungen zum Gegenstande hat, welche von dem Gesetze nicht geradezu verboten, sondern nur den guten Sitten auf eine gröbliche und auffallende Weise entgegen sind. Hierher gehört also ein notorisch lasterhaftes Leben oder doch die gemeine Liederlichkeit, welche die öffentliche Verachtung (contemtus publicus) nach sich zieht. Ein solcher Zustand der geschmälerten Ehrenrechte wird in den Quellen auch ignominia facti genannt: L. 39. D. *de Furt.* und bewirkt zwar keine unmittelbare Strafe für die

einzelnen, verächtlichen oder unmoralischen Handlungen, wohl aber gewisse rechtliche Nachtheile in Hinsicht auf die staatsbürgerliche Stellung: L. 3. pr. D. *de Testib.*, weshalb denn die turpitudo als ein selbstständiger Begriff in die Rechtstheorie gehört, was sich auch durch die L. 27. C. *de Inoff. test.* klar erweisen läßt.

§. 219.

c. Leuis notae macula.

Leuis notae macula: status laesae dignitatis, qui vel turpes natales, vel facta turpia, legibus insignita, sequitur. Hiernach kann ein doppelter Grund dieses Rechtszustandes vorhanden seyn:

1) die Geburt. Hierher gehören sowohl die loco obscuro nati nataeue, wie z. B. die Kinder der Freygelassenen und der Schauspieler: L. 44. pr. D. *de Ritu nupt.*, als auch alle aus einer außerehelichen Geschlechtsverbindung erzeugten Kinder: L. 3. §. 2. D. *de Decur.*

2) Gewisse unerlaubte Handlungen, zu deren Bestrafung die Gesetze diesen Zustand der geschmälerten Ehrenrechte vorgeschrieben haben, obwohl sie einen mildern Grad, als den der infamia iuris damit bezeichnen. So sollen z. B. Richter, welche sich entehrender Verbrechen, wie des Diebstahls, schuldig gemacht haben, nicht nur ihres Amtes entsetzt, sondern auch den verächtlichsten Menschen gleichgestellt werden: L. 12. C. *de Dignit.*

Heut zu Tage wird die leuis notae macula mit dem Worte: Anrüchigkeit bezeichnet, über welchen Begriff das deutsche Recht nähere Auskunft giebt.

§. 220.

Gesetzliche Nachtheile des verminderten Ehrenrechts.

Von den gesetzlichen Nachtheilen, welche aus der Schmälerung der bürgerlichen Ehrenrechte hervorgehen, sind folgende die vornehmsten Beyspiele:

1) alle infames, turpes und mit der leuis notae macula Behaftete sollen zu keinem Amte und zu keiner Ehrenstelle gelangen: L. 1. pr. D. *Ad leg. Iul. de vi priu.* u. L. 2., 6. u. 12. C. *de Dignit.* Auch werden die infames und Die, welche mit einer leuis notae macula behaftet sind, derjenigen Aemter, welche sie schon bekleiden, entsetzt: L. 8. C. *de Decur.*

2) Wenn ein Testator seine Geschwister übergangen und eine Person zur Erbin eingesetzt hat, welche zu einer jener drey Arten von famosis gehört, so können die Geschwister die querela inofficiosi testamenti erheben: L. 27. C. *de Inoff. test.*

3) Diejenigen infames, welche wegen eines delictum publicum verurtheilt worden sind, dürfen kein Testament errichten und eben so wenig bey dieser Errichtung Zeugen seyn: L. 14. u. 15. D. *de Testib.* Dasselbe gilt von den erklärten Verschwendern, als turpibus personis: L. 18. pr. D. *Qui testam. fac. poss.*

4) Die, welche zu einer von den drey Arten der famosi gehören, sind als Beweiszeugen verdächtig, d. h. es läßt sich auf ihre alleinige Aussage kein voller Beweis gründen: L. 3. pr. D. *de Testib.*

5) Die infames und turpes dürfen weder Andere vor Gericht vertreten: L. 1. §. 5. u. 8. D. *de Postul.*, noch actiones criminales oder populares erheben: L. 4. D. *de Popularib. act.* und L. 4. D. *de Accusat.*

6) Turpes und Die, welche mit der leuis notae macula behaftet sind, dürfen die actio de dolo malo nicht gegen Unbescholtene und gegen höher gestellte Personen erheben: L. 11. §. 1. D. *de Dolo malo.*

7) Die famosi aller drey Gattungen werden für begangene Verbrechen härter bestraft, als die Unbescholtenen: L. 28. §. vlt. D. *de Poen.*

8) Ingenui dürfen sich nicht mit Frauenzimmern verheyrathen, welche infames sind: L. 43. u. 44. D. *de Ritu nupt.* und eben so wenig die Senatoren mit solchen, welchen die leuis notae macula anhängt: L. 44. §. 1. D. *eod.* und

9) Wenn Personen, welche mit einer leuis notae macula behaftet sind, zu Vormündern bestellt werden, so sollen sie stets zu einer Cautionsleistung verbunden seyn: L. 5. §. 1. D. *de Legit. tutor.*

§. 221.

Wiederherstellung der bürgerlichen Ehrenrechte.

Es können aber auch die Ehrenrechte, deren Jemand verlustig gegangen ist, wieder hergestellt werden und zwar in folgenden Fällen:

1) die infamia iuris erlischt:

a) durch restitutio famae, welche, wie bereits oben (§. 167.) gesagt worden ist, entweder vom Landesherrn, oder von der betreffenden Obrigkeit ausgehen kann, und

b. durch Ablauf der Strafzeit: L. 1. C. *de His, qui in exil.*, es müßte denn die Strafe in Relegation bestanden haben, in welchem Falle der Zurückkehrende noch eben so lange mit der infamia behaftet bleibt, als die Dauer seiner Verbannung war: L. 2. C. *eod.*, oder es müßte der Verbrecher zu öffentlicher Zwangsarbeit verurtheilt worden seyn, nach deren Beendigung die Infamie dennoch fortdauert.

2) die turpitudo s. infamia facti kann natürlich auf keine andere Weise aufhören, als wenn notorisch die moralische Besserung erfolgt ist: L. 1. pr. D. *de Curator. furios.* und

3) die leuis notae macula wird theils ebenfalls durch Besserung des Verbrechers wieder aufgehoben, theils durch restitutio natalium. Diese konnte nach R. R. bey den Freygelassenen durch kaiserliches Rescript erfolgen: L. 2. D. *de Natalib. restit.*, bey denjenigen Kindern aber, welche aus dem Concubinate erzeugt waren, entweder durch die von den Aeltern derselben späterhin geschlossene Ehe (legitimatio per subsequens matrimonium): L. 5. C. *de Natural. lib.*, oder ebenfalls auf kaiserlichen Befehl (legitimatio per rescriptum principis): Nou. 74. c. 1.

II. Von der Civität moralischer Personen.

§. 222.

1) Rechtliche Natur der moralischen Personen.

Die moralischen oder juristischen Personen (personae fictae s. mysticae), deren Begriff bereits oben (§. 196.) angegeben worden ist, haben das Eigenthümliche, daß sie nie im Individuum gedacht werden können, sondern daß stets eine Gesammtheit entweder von Personen oder von Sachen dazu erforderlich ist, weshalb sie auch vniuersitates genannt und in vniuersitates personarum und rerum eingetheilt werden.

Die vniuersitates personarum können aber in einer doppelten Gestalt vorkommen, jenachdem die mehreren physischen Personen, welche die moralische Person oder die Gesammtheit ausmachen,

gleichzeitig mit einander verbunden sind, wie dieß z. B. bey einer Stadtgemeinde der Fall ist, oder als physische Personen auf einander folgen. Dieses letztere Verhältniß stellt sich z. B. in der Person des jedesmaligen, rechtmäßigen Regenten dar, weil die höchste Staatsgewalt in keinem Augenblicke aufhören kann und darf und eben darum nicht mit dem Individuum erlischt. Wenn also Jemand seinen Landesherrn zum Erben eingesetzt hat, dieser aber noch vor dem Testator mit Tode abgegangen ist, so wird nach dem endlichen Ableben des letztern der gegenwärtige Regent der Erbe seyn: L. 56. D. *de Legat. II.*

Die vniuersitates rerum hingegen haben es gar nicht mit Personen, sonders nur mit Sachen zu thun, deren Gesammtheit aber in gewissen Fällen die Rechte der Personen genießt, wie z. B. eine Erbschaft: L. 22. D. *de Fideiussor. et mandatar.*

Daß aber alle diese Gesammtheiten als Personen betrachtet werden, geht daraus hervor, daß dieselben 1) überhaupt Rechte haben, 2) Güter erwerben, verwalten und veräußern, 3) Rechtsgeschäfte eingehen und sich verbindlich machen, mithin als Gläubiger und Schuldner auftreten, so wie 4) verlangen können, daß ihnen der Staat, gleich allen Staatsbürgern, seinen Schutz zu Theil werden lasse.

Natürlich müssen die Rechte der moralischen Personen nach den verschiedenen Zwecken, zu welchen sie existiren, verschieden seyn und aus demselben Grunde kann es nicht fehlen, daß die eine hinsichtlich der ihnen zustehenden iura singularia einen Vorzug vor der andern genieße.

§. 223.

2) Vniuersitates personarum.

a. Erfordernisse.

Der Begriff der vniuersitas personarum erfordert:

1) das Zusammentreten mehrerer physischer Personen, deren Zahl zwar in Bezug auf das maximum verschieden und willkührlich ist, hinsichtlich des minimum aber wenigstens in drey Personen bestehen muß: L. 85. D. *de V. S.* Sollte sich aber die Zahl der Mitglieder vermindern, so bleibt die vniuersitas bestehen, wenn auch nur noch ein einziges Mitglied vorhanden ist: L. 7. §. 2. D. *Quod cuiuscumque vniuers. nom.* Daher die Rechtsregel: tres faciunt collegium et hoc conseruatur in vno;

2) das Anerkenntniß oder die Bestätigung von Seiten der Staatsgewalt: L. 1. D. *eod.* und

3) einen bestimmten, fortbestehenden Zweck, zu dessen Erreichung die vniuersitas einer Verfassung bedarf, nach welcher sich die Ausübung ihrer Rechte und ihr Verfahren im Staate richtet.

Die einzelnen vniuersitates personarum sind: 1) der Staat, welcher als moralische Person im Privatrechte durch den Fiscus repräsentirt wird, 2) die Stadt- und Dorfgemeinden, 3) die Stadträthe, 4) die Beamten-Collegien (z. B. Dikasterien) und 5) diejenigen vniuersitates, welche im engern Sinne collegia s. corpora, Corporationen, genannt werden und wohin z. B. die *pia* corpora, die Zünfte der Handwerker und Künstler, so wie die Innungen der Kaufleute gehören.

§. 224.

b. Eintheilungen.

Die vniuersitates werden eingetheilt:

1) in *simplices* und *compositas*, jenachdem sie bloß aus physischen oder aus mehreren moralischen Personen bestehen. Eine vniuersitas *simplex* ist z. B. die Gemeinde einer Stadt, welche sich durch ihre einzelnen Mitglieder constituirt, eine *composita* aber ist z. B. jede Universität (Academie), weil sie aus den verschiedenen Facultäten zusammengesetzt ist,

2) in *seculares* und *ecclesiasticas.* Zu den letztern gehören z. B. eine kirchliche Gemeinde (Kirchfahrt), ein Kloster, ein Domcapitel u. s. w. und

3) in *aequales* s. *inordinatas* und *inaequales* s. *ordinatas.* Jene sind solche Gemeinheiten, in welchen die Mitglieder sämmtlich auf gleicher Stufe stehen, sich durch gleiches Recht regieren und an den einzelnen Handlnngen gleichen Antheil nehmen, wie z. B. ein wissenschaftlicher oder Kunstverein, obwohl es ihnen unbenommen bleibt, durch freye Uebereinkunft Vorsteher zu ernennen oder gewisse, einzelne Handlungen durch erwählte Stellvertreter auszuüben. — Die vniuersitates inaequales hingegen sind solche Gemeinheiten, welche kraft ihrer Verfassung einem Oberen unterworfen sind, wie z. B. eine Stadtgemeinde.

§. 225.

c. Rechte.

Die Rechte einer vniuersitas personarum zerfallen überhaupt in zwey Classen, nämlich in

originaria: quae ex ipsa notione atque natura vniuersitatis descendunt und

adquisita s. *aduentitia*: quae vniuersitati ex speciali titulo competunt.

1) Iura *orginaria* sind folgende:

a. das Recht, Zusammenkünfte zu halten, sich in diesen über die Angelegenheiten der vniuersitas zu berathen und demgemäß Beschlüsse zu fassen, dafern nur dieselben den bestehenden Gesetzen nicht zuwider sind: L. vlt. D. *de Colleg. et corp.* Solche Beschlüsse sind aber nur dann gültig, wenn die Zusammenkünfte auf eine gesetzliche Weise Statt gefunden haben, d. h. wenn wenigstens zwey Drittheile der Gemeinheit bey der Berathung gegenwärtig gewesen sind und die Stimmenmehrheit sich für dieselben entschieden hat: L. 3. u. 4. D. *Quod cuiuscumque vniuers. nom.*

b. das Recht, Güter zu erwerben: L. 2. D. *de Adquir. vel amitt. poss.*

c. das Recht, juristische Verbindlichkeiten zu übernehmen: L. 8. D. *Quod cuiuscumque vniuers. nom.*

d. das Recht, vor Gericht zu erscheinen und entweder als Kläger oder als Beklagter Processe zu führen: L. 1. §. 2. D. *eod.* Da aber die vniuersitas dieses Recht nicht in corpore ausüben kann, so wählt sie sich zu diesem Zwecke einen Vertreter, welcher actor oder syndicus genannt wird: L. 2. D. *eod.*, aber nicht nothwendig Mitglied der Gemeinheit zu seyn braucht. Der syndicus kann entweder generalis s. perpetuus, oder specialis s. temporalis seyn, jenachdem er im Voraus für alle gerichtliche Angelegenheiten der vniuersitas bestellt worden ist, oder nur für ein einzelnes, vorkommendes Geschäft dieser Art zu sorgen hat.

e. das Recht, über die Gemeindegüter zu verfügen, besonders aber, eine Theilung derselben vorzunehmen: L. 9. D. *eod.* Dieß gilt namentlich für Dorfgemeinden, in welchen häufig eine Zusammenlegung der Grundstücke oder Theilung der Gemeindefelder vorkommt, und

f. das Recht, ein Siegel zu führen, da dieses jedem Staatsbürger zur Beglaubigung rechtlicher Geschäfte zusteht.

2) *Iura aduentitia* setzen stets eine Begünstigung von Seiten der höchsten Staatsgewalt voraus, welche den Gemeinheiten durch Privilegium oder Dispensation zu Theil wird. Hierher gehört z. B. das Recht einer vniuersitas ordinata, ihre Mitglieder selbst zu wählen, die Gerichtsbarkeit über dieselben auszuüben, die Befreyung von öffentlichen Lasten und fiscalische Vorrechte: L. 10. D. *Ad municip.*

§. 226.

Von den milden Stiftungen.

Zu denjenigen vniuersitatibus, welche im engern Sinne collegia oder corpora genannt werden, gehören besonders auch die pia corpora, piae caussae: fromme oder milde Stiftungen. Diese sind alle unter öffentlicher Auctorität errichtete Anstalten, welche die Erfüllung unvollkommener Pflichten zum Zwecke haben. Sie werden in profanas und ecclesiasticas getheilt, jenachdem sie unter der Aufsicht des Staates, oder der Kirche stehen, und die vornehmsten Beyspiele derselben sind folgende: 1) die Kirchen, 2) Klöster, 3) Domcapitel, 4) geistliche Ritterorden, 5) Universitäten und Kunst-Academieen, 6) Schulen, zu welchen auch die Lyceen, Gymnasien und Seminarien zu rechnen sind, 7) Krankenhäuser (nosocomia), 8) Hospitäler (xenodochia), welche ehedem zur Aufnahme der Reisenden bestimmt waren, jetzt aber zum Aufenthalte altersschwacher Personen dienen, 9) Armenhäuser (ptochotrophea), 10) Waisenhäuser (orphanotrophea), 11) Findelhäuser (brephotrophea), 12) Blinden-Anstalten, 13) Taubstummen-Institute und überhaupt alle Anstalten für personas miserabiles, 14) Leihhäuser (montes pietatis), 15) Spar-Cassen u. s. w.

Diese sämmtlichen milden Stiftungen haben sowohl durch die Staats- als durch die Kirchengesetze mannigfaltige und höchst bedeutende Vorrechte vor den übrigen Staatsbürgern erhalten, unter welchen folgende die wichtigsten sind:

1) hinsichtlich der Güter-Erwerbung braucht

a. unter Lebenden ein Versprechen, welches zu Gunsten einer pia caussa ertheilt worden ist, von dieser nicht acceptirt zu werden, sondern ist auch ohne Acceptation, als eine bloße pollicitatio, gültig: L. 2. D. *de Pollicitat.*

b. auf den Todesfall ist jeder letzte Wille, welcher zum Besten einer milden Stiftung errichtet worden ist, auch dann gültig, wenn er den gesetzlichen Feyerlichkeiten nicht entspricht: c. 11. X. *de Testam.* Gleicherweise darf von legatis ad pias caussas conditis die quarta Falcidia nicht abgezogen werden: Nou. 131. c. 12.

2) In Bezug auf die Güter-Verwaltung sind die Administratoren und Vorsteher der milden Stiftungen den Vormündern und Curatoren gleichgestellt: L. 32. C. *de Ep. et cler.*

3) In Betreff der Güter-Veräußerung ist die sollemnitas alienationis vorgeschrieben, d. h. Grundstücke und Rechte milder Stiftungen dürfen nicht anders veräußert werden, als aus einem triftigen Grunde und nach einer schriftlichen Erlaubniß (decretum alienationis) von Seiten der Oberbehörde: L. 17. C. *de SS. eccles.* — Ist aber die Veräußerung ohne sollemnitas geschehen, so ist sie völlig ungültig und der milden Stiftung steht die rei vindicatio zu: L. 14. C. *eod.*

4) Alle piae caussae genießen die iura minorum und haben daher, gleich diesen, das beneficium restitutionis in integrum: c. 1. X. *de In integr. rest.* und

5) Die milden Stiftungen sind von allen öffentlichen Lasten, namentlich von Steuern und Abgaben befreyt: Nou. 131. c. 5.

§. 227.

d. Aufhebung der vniuersitates personarum.

Eine vniuersitas personarum kann aufhören:

1) auf landesherrlichen Befehl;

2) durch richterliche oder obrigkeitliche Verfügung, wenn die Gemeinheit sich einer Handlung schuldig gemacht hat, welche, nach Vorschrift des Gesetzes, die Auflösung derselben erheischt. Denn auch Gemeinheiten können Verbrechen begehen: L. 9. §. 1. D. *Quod met. caus.*

3) durch Absterben der sämmtlichen Mitglieder, so daß auch kein einziges übrig geblieben ist. (§. 222.) und

4) durch freywilligen Beschluß, insofern derselbe ohne Verletzung der bestehenden Staatsverfassung und unbeschadet der Rechte dritter Personen gefaßt werden kann. — Doch dürfte ein solcher Beschluß nicht durch Stimmen-Mehrheit begründet werden, sondern vielmehr einmüthig gefaßt werden müssen, weil

die dissentirenden Mitglieder ein nicht zu bezweifelndes Recht auf das Fortbestehen der Gemeinheit haben.

Die Güter der aufgehobenen vniuersitas fallen, als herrenlose, dem Fiscus zu.

§. 228.

3) Vniuersitates rerum, in's Besondere vom Rechte des Fiscus.

Als vniuersitates rerum können betrachtet werden: 1) der Fiscus oder das Staats-Vermögen, 2) das Vermögen der milden Stiftungen, 3) eine Erbschaft, so lange sie noch nicht mit dem Vermögen des Erben vereinigt ist, und 4) eine Concursmasse. Unter allen diesen Gesammtheiten zeichnet sich aber der Fiscus aus, welcher zwar im Allgemeinen nach dem Rechte der übrigen moralischen Personen zu beurtheilen ist: L. 10. D. *de Iure fisc.* in Verbindung mit L. 3. C. *de Fiscalib. vsur.*, sich aber wichtiger iura singularia erfreut, welche ihm durch die Gesetze selbst verliehen worden sind. Hierher gehört:

1) das Recht auf alle herrenlose Güter (bona vacantia), welches besonders in Hinsicht auf vacante Erbschaften ausgeübt wird: L. 1. C. *de Bonis vacantib.*,

2) die Freyheit von öffentlichen Lasten: L. 9. §. 8. *de Publican.* so wie

3) von allen Cautions-Leistungen: L. 1. §. 18. D. *Vt legat. vel fideicomm. nom. cau.*

4) das beneficium restitutionis in integrum: L. 4. C. *Quib. ex caus. maior.*

5) daß Derjenige, welcher vom Fiscus eine Sache erworben hat, unter welchem Rechtstitel es auch geschehen sey, keine Eviction zu leisten braucht: L. 3. C. *de Quadrienn. praescr.*, der Fiscus selbst aber in dieser Hinsicht nur während eines Zeitraumes von vier Jahren belangt werden kann: §. vlt. Inst. *de Vsucap.*,

6) daß Derjenige, welcher irgend eine Handlung zur Defraudation des Fiscus vornimmt, den doppelten Werth des fraglichen Gegenstandes erstatten muß: L. 46. §. 1. D. *de Iure fisc.*

7) die Confiscation der Güter, welche mit Bestrafung gewisser Verbrechen verbunden ist: L. 2. u. 4. C. *de Bonis proscriptor.* Doch wird hier vorausgesetzt, daß der Verbrecher be-

reits durch ein rechtskräftiges Urtheil condemnirt sey, denn wenn er vor diesem mit Tode abgeht, tritt ohne Hinderniß die gewöhnliche Succession der Verwandten ein: L. 45. §. 1. D. *de Iure fisc.* Auch kann der Fiscus nur auf diejenigen Güter Anspruch machen, welche nach Tilgung aller passiua übrig bleiben: L. 11. D. *eod.*,

8) der Vorzug, welchen der Fiscus im Concurse vor den übrigen Gläubigern genießt: L. 28. D. *eod.* u. L. 1. 2. u. 4. C. *de Priuil. fisc.*, und

9) das stillschweigende Pfandrecht, welches ihm an allen Gütern seiner Schuldner zusteht: L. 46. §. 3. D. *eod.*

Zweytes Capitel.

Vom Status familiae.

§. 229.

Einleitung.

Das Wort familia kommt im R. R. unter einer doppelten Hauptbedeutung vor, indem es sich entweder auf Sachen, oder auf Personen bezieht. In der erstern Bedeutung bezeichnet es bald das ganze Vermögen eines Verstorbenen: L. 195. §. 1. D. *de V. S.*, bald die sämmtlichen Sclaven eines und desselben Herrn: L. *cit.* §. 3. — In der letztern Bedeutung hingegen ist familia entweder der Inbegriff aller derjenigen Personen, welche von einem und demselben stipes communis abstammen: L. *cit.* §. 4., oder die Gesammtheit derjenigen Personen, welche unter der Leitung eines selbstständigen Mannes einen Hausstand bilden, wohin denn der paterfamilias, seine Ehefrau (materfamilias) und die sämmtlichen Descendenten gerechnet werden, welche unter der väterlichen Gewalt des erstern stehen: L. *cit.* §. 2. — Jeder selbstständige Mann aber, also Jeder, der nicht der Gewalt eines andern Staatsbürgers unterworfen ist, wird paterfamilias s. homo sui iuris genannt, ohne Unterschied, ob er an der Spitze einer Familie oder allein stehe, ob er mündig oder unmündig sey, in welchem letztern Falle er pupillus genannt wird: ibid. Hieraus entwickelt sich von selbst

die Eintheilung in homines *sui* iuris und homines *alieni* iuris: pr. Inst. *de His, qui sui vel alien. iur.* Bey den Römern waren die letztern von doppelter Art, jenachdem sie der dominica oder der patria potestas unterworfen waren und daher entweder serui oder filiifamilias hießen. Weil aber heut zu Tage der Begriff der dominica potestas wegfällt, so bleibt für die Pandektenlehre nur die väterliche Gewalt übrig, welche auf eine dreyfache Weise erworben werden kann: 1) durch eine gültige Ehe, 2) durch Legitimation und 3) durch Adoption.

Erster Titel.

Von der Ehe.

Erste Abtheilung.

Von der Ehe im Allgemeinen.

§. 230.

Begriff der Ehe.

Matrimonium (Ehe) ist

1) nach Römischem Rechte

a. nach den Pandekten: maris atque feminae coniunctio, consortium omnis vitae, diuini et humani iuris communicatio: L. 1. D. *de Ritu nupt.*

b. nach den Institutionen: viri et mulieris coniunctio indiuiduam vitae consuetudinem continens: §. 1. Inst. *de Patr. potest.*

2) nach heutigem Kirchenrechte

a. nach katholischem: sacramentum laicis proprium, quo mas et femina ad consortium vitae in perpetuum coniunguntur,

b. nach protestantischem: societas inter virum et mulierem ad vitae consortium auctoritate ecclesiae contracta.

Aus den gegebenen Begriffen geht hervor, daß der Zweck der Ehe nach allen Gesetzgebungen derselbe ist, nämlich das consortium vitae oder mutuum adiutorium: die gegenseitige Liebe, Treue und Unterstützung, mit welcher sich die Ehegatten durch's ganze Leben begleiten sollen. Gar sehr irren daher Diejenigen, welche als wesentliche Zwecke der Ehe außer dem mutuum adiutorium

noch die exstinctio libidinis und die etwa daraus hervorgehende procreatio sobolis anführen. Denn diese sind bloß als natürliche Folgen des ehelichen Beysammenlebens (als naturalia matrimonii) zu betrachten, nicht aber als essentialia, ohne welche der Begriff einer wahren und gültigen Ehe nicht gedacht werden könnte. Es liegt zwar in der Natur der Sache, daß jeder Ehegatte im gesunden Zustande von dem andern die eheliche Beywohnung mit vollkommenem Rechte verlangen kann, aber daraus geht noch nicht hervor, daß durch den Wegfall derselben der Begriff, die Gültigkeit und die rechtlichen Wirkungen der Ehe aufgehoben würden, wie sich dieß durch die Ehe zwischen hochbejahrten Leuten, so wie durch das sogenannte matrimonium virginium beweist, bey welchem letztern die Ehegatten freywillig der ehelichen Beywohnung entsagen. Auch wird in der Unfruchtbarkeit der Ehe gewiß Niemand einen Annullirungsgrund suchen. Wollte man endlich einwenden, daß den Castraten die Eheschließung untersagt sey, so ist dieses Verbot nicht aus dem wesentlichen Zwecke der Ehe, sondern aus dem Sittengesetze herzuleiten, wie bereits oben (§. 200.) gesagt worden ist.

§. 231.

Katholische und evangelische Kirche.

Ein Sacrament ist jedoch die Ehe nur in der katholischen Kirche: Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 1. *de Sacram. matrim.* „Si quis dixerit, matrimonium non esse vere et proprie vnum ex septem legis euangelicae sacramentis a Christo domino institutum, sed ab hominibus in ecclesia inuentum, neque gratiam conferre, anathema sit.“ In der evangelischen Kirche hingegen ist bey der Ehe der Begriff des Sacramentes verworfen: Apolog. August. Confess. Art. VII. de numero et vsu sacramentorum und Declarat. Thorun. Art. VI. de matrimonio. — Demungeachtet sieht auch die evangelische Kirche die Ehe als eine heilige Verbindung an, welche nur durch die kirchliche Weihe ihre Gültigkeit empfangen kann, läßt aber in gewissen Fällen die Trennung einer gültigen Ehe zu, welche in der katholischen Kirche, wegen der Idee des Sacramentes, unmöglich ist. Auch unterscheiden sich beyde Kirchen noch dadurch, daß bey den Katholiken den Geistlichen der höhern Orden die Ehe schlechterdings untersagt ist: Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 9. *de Sacram. matrim.*, bey den Protestanten

hingegen Geistliche sich eben so wohl, als Nichtgeistliche verheyrathen können.

§. 232.

Einfluß der Kirche auf die Ehe.

Nach R. R. und zwar noch unter Justinian wurde die Ehe nur als eine bürgerliche Verbindung betrachtet, ohne daß es zur Schließung derselben einer kirchlichen Form bedurft, oder das Kirchengesetz irgend einen Einfluß auf die rechtlichen Wirkungen derselben gehabt hätte. Dieß ist der Grund, warum wir bey Darstellung desjenigen Eherechts, welches über die persönliche Verbindung der Ehegatten gilt, vom R. R. ganz abzusehen und nur auf das canonische unser Augenmerk zu richten haben, dahingegen in Hinsicht auf die Vermögensrechte der Ehegatten, das erstere wieder vollständig Platz ergreift.

Obwohl bereits im 5ten Jahrhunderte die Ehe in der christlichen Kirche für ein Sacrament galt, mithin in einem andern und höhern Lichte betrachtet wurde, als es von Seiten der weltlichen Gesetze der Fall seyn konnte, so nahmen doch die letztern eine lange Zeit hindurch, selbst unter den christlichen Kaisern, auf die Ansichten, welche die Kirche über die Ehe aufstellte, keine Rücksicht, was doch namentlich unter dem orthodoxen Kaiser Justinian zu erwarten gewesen wäre. Dieß geschah vielmehr erst seit dem 9ten Jahrhunderte, in welchem Leo d. Weise für den Orient (Nov. Leon. 89. u. 91.) und Carl d. Große für den Occident (Capit. I. Carol. M. a. 802. c. 35.) die priesterliche Einsegnung als unerläßliche Bedingung einer gültigen Ehe vorschrieben. Seit dieser Zeit finden wir eine Hinneigung der Staaten zu den kirchlichen Ehegesetzen und eine große Bereitwilligkeit der Kaiser, auf dieselben einzugehen, so daß die letztern der Kirche nicht nur eine große Machtvollkommenheit in der Abfassung von Ehegesetzen einräumten, sondern auch den Bischöfen die Gerichtsbarkeit in Ehestreitigkeiten übertrugen: c. 4. C. *XXXI.* qu. 2. Solchergestalt wurden denn von Concilien und Päpsten die wichtigsten Ehegesetze erlassen und von den weltlichen Behörden unweigerlich in Ausübung gebracht, auch auf dieselbe Weise alle Rechtssachen, welche auf Schließung oder Trennung der Ehe, oder auf die rein persönlichen Rechte der Ehegatten Bezug nahmen, vor den Bischöfen verhandelt und von diesen entschieden. Endlich erklärte die Kirchen-

versammlung zu Trient noch ausdrücklich, daß alle Ehesachen vor die geistlichen Gerichte gehörten: Sess. XXIV. Concil. Trid. c. 12. *de Sacram. matrim.* „Si quis dixerit, caussas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit.“

Auch in der evangelischen Kirche schloß man sich dieser Einrichtung an und überließ anfänglich die Entscheidung der Ehestreitigkeiten den Pfarrern, übertrug sie aber später den Consistorien. In manchen protestantischen Staaten sind sie jedoch wieder mit der weltlichen Jurisdiction vereinigt worden.

§. 233.

Was ist eine gültige Ehe?

Bey der Beantwortung dieser Frage ist vorerst der Begriff des matrimonium *verum* von dem des matrimonium *validum* zu unterscheiden. Eine wahre Ehe ist die, welche durch die freye Einwilligung solcher Personen geschlossen worden ist, die zur Erreichung der ehelichen Zwecke fähig sind: c. 25. X. *de Sponsal.* Hieraus geht aber noch keinesweges hervor, daß eine solche Ehe auch rechtliche Wirkungen hervorbringe, denn wenn dieses der Fall seyn soll, muß die Ehe vom Staate und der Kirche anerkannt seyn und dann erst entsteht der Begriff einer gültigen Ehe. Weil jedoch die Kirchengesetze, wie oben erwähnt wurde, die Ehe von einem andern Gesichtspunkte aus betrachten, als die weltlichen, so kann recht wohl eine Ehe gedacht werden, welche nach dem einen Rechte gültig, nach dem andern aber ungültig ist, und daher unterscheidet man zwischen einem matrimonium *ratum*, welches den kirchlichen, und einem matrimonium *legitimum*, welches den weltlichen Gesetzen entspricht: c. 7. X. *de Diuort.*, dergestalt, daß jenes nur die kirchlichen, dieses nur die bürgerlichen Wirkungen hervorbringt. Soll daher eine Ehe als vollgültig betrachtet werden, so muß sie ein matrimonium ratum und legitimum zugleich seyn. Diese Unterscheidung wird sich durch folgende Beyspiele deutlich herausstellen:

1) ein matrimonium ratum quidem, sed non legitimum ist z. B. das matrimonium ad morganaticam; die Ehe zur linken Hand, welche die Ehegatten freywillig für eine unvollkommene erklären, oder auch das disparagium, die Mißheyrath, welcher die volle Gültigkeit von den Gesetzen des Staates, wegen ungleich niedern Standes der Ehefrau, abgesprochen wird. Beyde Verbin-

bungen bringen, dafern sie nur unter der kirchlichen Form eingegangen worden sind, alle Wirkungen hervor, welche die Kirche aus der Ehe herleitet, so daß die Ehegatten zur ehelichen Treue verpflichtet sind und überhaupt in alle Rechte eintreten, welche sich auf die Personen der Ehegatten und auf die Heiligkeit der Ehe beziehen. Aber in beyden Verbindungen können die Ehefrau und die von ihr geborenen Kinder weder auf den Rang und Namen des Ehemannes und Vaters, noch auf die Succession Anspruch machen, weil der Staat ihnen diese Rechte verweigert;

2) ein matrimonium legitimum quidem, sed non ratum ist z. B. die Ehe zwischen zwey Nichtchristen, welche zwar der Staat, dessen Unterthanen die Ehegatten sind, in Schutz nehmen muß, die Kirche aber auf keine Weise anerkennt, weil diese nur den christlichen Gesichtspunkt in's Auge fassen kann. Endlich

3) ein matrimonium neque ratum, neque legitimum ist z. B. die Ehe im verbotenen Grade der Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft, oder auch die Ehe zwischen Christen und Nichtchristen, denn es liegt in gleichem Interesse des Staates und der Kirche, solche Verbindungen nicht bestehen zu lassen.

§. 234.

Begriff der heimlichen Ehe.

Mit dem Unterschiede zwischen einer gültigen und ungültigen Ehe darf aber nicht die Eintheilung des matrimonium in *publicum* und *clandestinum* verwechselt werden, welche es nur mit der Form der Eheschließung zu thun hat, obwohl beyde Distinctionen eng mit einander verbunden sind.

Matrimonium publicum: quod interueniente sollemnitate ecclesiastica contractum est.

Matrimonium clandestinum: matrimonium verum absque ritu ecclesiastico initum.

Die heimliche Ehe ist eine wirkliche Ehe, weil die Contrahenten sie durch Erklärung des Eheconsenses, also in der Absicht schließen, die ehelichen Zwecke mit einander zu erreichen, weshalb sie auch matrimonium *conscientiae* (Gewissensehe) genannt wird, dennoch aber ist sie keine gültige Ehe, weil die Kirche und der Staat die Ehe nur dann als eine solche anerkennen, wenn sie unter der kirchlichen Feyerlichkeit geschlossen worden ist:

c. 2. u. 3. X. *de Clandest. desponsat.* Hier muß man sich aber vor dem Irrthum hüten, als ob jedes matrimonium publicum auch validum wäre. Dieses ist darum nicht immer der Fall, weil einer Ehe, obwohl sie unter der kirchlichen Feyerlichkeit eingegangen wurde, demungeachtet kirchliche oder weltliche Gesetze dergestalt entgegen stehen können, daß sie für null und nichtig erklärt wird, wie z. B. wenn zwey ganz nahe Verwandte unter der kirchlichen Form eine Ehe geschlossen haben.

Das Resultat ist daher, daß jede gültige Ehe ein matrimonium *publicum* seyn muß, daß aber nicht jedes matrimonium publicum eine gültige Ehe ist.

Von der heimlichen Ehe unterscheidet sich der Concubinat dadurch, daß der Zweck der erstern das mutuum adiutorium, der des letztern nur die exstinctio libidinis ist: c. 6. C. *XXXII.* qu. 2.

§. 235.

Fähigkeit zur Eheschließung.

Zur Eheschließung ist jeder fähig, welcher

1) frey einwilligen kann. Aus diesem Grunde sind mente capti völlig ausgeschlossen: c. 24. X. *de Sponsal.* und diesen die Betrunkenen gleichzustellen, so wie Kranke, welche kein Bewußtseyn haben. Weil aber der Beyschlaf eine natürliche Folge des ehelichen Beysammenlebens ist, so sind auch nur Diejenigen zur Eheschließung fähig, welche

2) die eheliche Beywohnung zu vollziehen im Stande sind, und darum können weder impuberes: L. 4. D. *de Ritu nupt.*, noch die Castraten: L. 39. §. 1. D. *de Iure dot.*, noch auch die mulieres arctae: c. 6. X. *de Frig. et malefic.* eine gültige Ehe schließen.

Was in's Besondere die impuberes anlangt, so hat zwar auch das canonische Recht, gleich dem R. R., das Alter von 14 und 12 Jahren zu einer gültigen Eheschließung vorgeschrieben: c. 10. X. *de Desponsat. impub.*, jedoch auch eine frühere Verheyrathung gestattet, wenn erweislich die körperliche Reife zeitiger eingetreten ist: c. 3. u. 8. X. *eod.* Da aber die vom römischen und canonischen Rechte vorgezeichneten Pubertätsjahre nur den Bewohnern der südlichen Länder eigen sind, so haben die sämmtlichen deutschen Particularrechte die Heyrathsfähigkeit weiter hinaus-

gesetzt, besonders auf das 18te, oder 21ste oder 22ste Jahr, obwohl von diesen Vorschriften dispensirt werden kann.

Hohes Alter bewirkt keine Unfähigkeit, eine gültige Ehe zu schließen, wie schon das R. R. ausgesprochen hat: L. 27. C. *de Nupt.* und das heutige durchgängig annimmt. Nur haben hin und wieder die Particularrechte eine Dispensation nothwendig gemacht, wenn die Braut ungleich älter ist, als der Bräutigam.

Von der Ehefähigkeit der Spadonen ist bereits oben (§. 200.) die Rede gewesen.

§. 236.

Von der Eheschließung im Allgemeinen.

Die Eheschließung selbst kann durch einen Vertrag vorbereitet werden, welcher sponsalia, Verlobung, Verlöbniß, Ehegelöbniß genannt wird und von welchem die bloßen Unterhandlungen wegen künftiger Sponsalien zu unterscheiden sind, die keine rechtliche Wirkung haben und tractatus sponsalitii heißen. Auf das gültige Ehegelöbniß soll, nach Vorschrift des Gesetzes, ein dreymaliges Aufgebot folgen, dann aber wird, wenn dieses ohne Einspruch sein Ende erreicht hat, die Ehe selbst durch die kirchliche Feyerlichkeit geschlossen und endlich durch die eheliche Beywohnung vollzogen. In Hinsicht auf diese beyden letzten Handlungen unterscheidet nämlich die katholische Kirche zwischen einem matrimonium *contractum* und *consummatum*, weil sie nur derjenigen Ehe die volle Wirkung des Sacramentes beylegt, welche durch den Beyschlaf vollzogen worden ist, mittelst dessen die Ehegatten erst vna caro, vna persona werden. Dieser Unterschied des gemeinen Kirchenrechts äußert sich darin, daß das matrimonium contractum, die bloß geschlossene Ehe, nicht unauflöslich ist, indem der eine Ehegatte, auch ohne Consens des andern, Profeß leisten, der verlassene aber sich anderweit gültig verheyrathen kann: c. 2. u. 14. X. *de Conuers. coniug.*

In der evangelischen Kirche bringt jener Unterschied keine rechtliche Wirkung hervor und die deutsche conscensio thalami (der Bettsprung), von welcher die Succession der Ehegatten abhieng, war keine consummatio matrimonii, sondern nur eine symbolische Handlung, die weiter nichts erforderte, als daß die Neuvermählten, wenn auch nur für einen Augenblick, unter einer und derselben Decke gelegen hatten.

Zweyte Abtheilung.

Von Ehehindernissen.

§. 237.

Begriff und Eintheilungen.

Impedimenta matrimonii (Ehehindernisse): caussae externae, legibus notatae, quae matrimonio, alias valido, obstant.

Die Ehehindernisse sind auf das Genaueste von den oben (§. 235.) angeführten Gründen der Unfähigkeit zu unterscheiden. Denn diese letztern sind dergestalt in der Natur der Sache begründet, daß ihre Existenz schon den Begriff der Ehe aufhebt. Soll aber von Hindernissen die Rede seyn, so müssen diese von außen kommen und solchen Personen entgegenstehen, welche, ohne sie, zu einer gültigen Eheschließung vollkommen fähig seyn würden. (Vgl. §. 128.) So kann man z. B. einem impubes, oder einem mente captus kein Ehehinderniß entgegenstellen, weil sie schon an und für sich den wesentlichen Erfordernissen der Ehe nicht entsprechen und es ist daher ein logischer Fehler, wenn man, wie es gewöhnlich geschieht, die Ehehindernisse so erklärt, daß sie in dem Mangel der wesentlichen Erfordernisse zu suchen wären. Hierdurch erledigt sich nun aber auch die von den Rechtslehrern aufgestellte Eintheilung der impedimenta matrimonii in *naturalia* und *legitima*, indem jene die Gründe der Unfähigkeit sind und letztere allein als Ehehindernisse betrachtet werden können.

Die impedimenta matrimonii werden aber eingetheilt:

1) nach den Gesetzen, auf welchen sie beruhen: in *secularia*, *ecclesiastica* und *mixta*. Es ist bereits oben (§. 232.) gesagt worden, daß die Gesetzgebung über die Ehe seit dem 9ten Jahrhunderte eine gemischte war, indem theils der Staat, theils die Kirche bey dieser Verbindung ihr Interesse wahren mußten, welches nicht selten auch ein gemeinschaftliches war. So ist z. B. ein seculare: der Mangel der obrigkeitlichen Genehmigung zu einer Ehe, welche ein Vormund mit seiner Mündelin zu einer Zeit schließt, während welcher die Letztere noch von der Rechtswohlthat der restitutio in integrum gegen die Verwaltung der Tutel Gebrauch machen könnte: L. 66. pr. D. *de Ritu nupt.*, ein ecclesiasticum: die abgelegte Profeß: c. un. *de Voto et voti*

redemt. in VI. und ein mixtum: die Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft im verbotenen Grade: L. 39. pr. D. *de Ritu nupt.* und c. 8. X. *de Consanguin.* — L. 5. C. *de Incest. et inutil. nupt.* und c. 8. X. *cit.*

2) nach ihrem Zwecke: in *publica* und *priuata*, jenachdem sie zum allgemeinen Besten, oder nur zu Gunsten der bey der Eheschließung interessirten Personen eingeführt worden sind. Ein publicum ist z. B. die Verwandtschaft und Schwägerschaft, ein privatum: der Mangel der älterlichen Einwilligung: c. 1. C. *XXX.* qu. 5., gemildert durch die Kirchenversammlung zu Trient: Sess. XXIV. c. 1. *de Reform. matrim.* und

3) nach ihrer Wirkung: in *dirimentia* und *impedientia tantum* und diese Eintheilung soll der gegenwärtigen Lehre zu Grunde gelegt werden.

Impedimenta dirimentia (vernichtende oder zerstörende Ehehindernisse): quae non solum contrahendo, verum etiam contracto matrimonio obstant.

Impedimenta impedientia tantum (aufschiebende Ehehindernisse): quae quidem incundo matrimonio obstant, initum vero haud rescindunt.

§. 238.

I. Impedimenta impedientia tantum.

Diejenigen Hindernisse, wegen welcher eine Ehe zwar nicht geschlossen werden darf, aber, wenn sie bereits geschlossen ist, nicht wieder aufgehoben wird, sind folgende:

1) Tempus clausum (die geschlossene Zeit), während dessen, des Gottesdienstes halber, alle rauschende Lustbarkeiten, mithin auch die Hochzeiten unterbleiben sollen. Hierher gehören die Advent- und Fastenzeit, die Bußtage und die hohen Feyertage: c. 8—11. C. *XXXIII.* qu. 4. u. c. 4. X. *de Feriis.* — Dieses Verbot ist auch durch die Gesetze der einzelnen protestantischen Staaten anerkannt worden.

2) Tempus luctus (die Trauerzeit). Diese wurde theils wegen des Anstandes, theils aber und hauptsächlich zur Gewißheit der Paternität schon nach R. R. jeder Wittwe (nicht aber dem Wittwer: L. 9. D. *de His, qui not. infam.*) bey Strafe der Infamie vorgeschrieben und auf ein Jahr festgesetzt: L. 1. u.

8. D. *eod.* u. Nou. 22. c. 16. pr. — Das canonische Recht hob, nach richtiger Interpretation des c. 4. u. 5. X. *de Sec. nupt.* bloß die Strafe der Infamie auf, ließ aber das Trauerjahr der Wittwe als aufschiebendes Ehehinderniß bestehen, was auch in die evangelische Kirche übergegangen ist, wo manche Particularrechte auch dem Wittwer eine, obwohl kürzere, Trauerzeit vorschreiben.

3) Interdictum iudicis ecclesiastici: ein Befehl des geistlichen Richters, daß eine von zwey bestimmten Personen beabsichtigte Ehe nicht eingegangen werden soll. Hier ist das Ehehinderniß lediglich in der Auctorität des geistlichen Richters zu suchen, welcher die fraglichen Personen unbedingt Folge zu leisten haben, keinesweges aber in dem Grunde, aus welchem Jener das Verbot erlassen hat. So wird z. B. dem geistlichen Richter angezeigt, daß zwey Verlobte Bruder und Schwester wären. Der Richter befiehlt, daß die Eheschließung aufgeschoben werde, aber die letztere wird trotz dem ergangenen Verbote in's Werk gesetzt. Hier ist nun ein doppelter Fall möglich. Jene Anzeige wird entweder als wahr befunden und dann ist die geschlossene Ehe (ganz ohne Rücksicht auf das interdictum iudicis ecclesiastici) wegen des vernichtenden Hindernisses der Blutsverwandtschaft sogleich zu annulliren, oder sie weist sich als ungegründet aus und hier erst findet das interdictum iudicis als aufschiebendes Hinderniß Statt, indem zwar die Ehe bestehen bleibt, die Personen aber, durch deren Schuld sie eingegangen worden ist, mit besonderer Strafe belegt werden, weil sie dem richterlichen Befehle nicht gehorcht haben: c. 1—3. X. *de Matrim. contracto contra interd. eccl.*

4) Votum simplex s. minus sollemne de matrimonio non ineundo: c. 4. X. *Qui clerici vel vouentes matrim.* Hierunter ist jedes Gelübde, außer der Profeß, zu verstehen, durch welches Jemand an Gott selbst das Versprechen gerichtet hat, sich niemals verheyrathen zu wollen. Das allgemeine Gelübde der Keuschheit würde hier nicht ausreichend seyn, weil auch das matrimonium virginium, bey welchem die Contrahenten der ehelichen Beywohnung freywillig entsagen, als eine gültige Ehe betrachtet wird: c. 4. X. *de Frig. et malefic.*

5) Deficiens consensus parentum. Nach R. R. ist nicht von den Aeltern, sondern nur vom Vater die Rede, ohne dessen Einwilligung Diejenigen, welche sich in seiner väterlichen Gewalt befinden, keine gültige Ehe schließen können: L. 2. D. *de Ritu nupt.* Das canonische Recht trug dieß aber auch auf

die Mutter über und erhob den Mangel der älterlichen Einwilligung zu einem vernichtenden Ehehindernisse, dergestalt, daß jede ohne jenen Consens geschlossene Ehe annullirt werden mußte: c. 1. C. *XXX.* qu. 5. Aber als sich die Kirche für das Dogma erklärt hatte, daß die Ehe ein Sacrament sey, so stellte sie dieses natürlich höher, als die älterliche Einwilligung und behandelte von dieser Zeit an den Mangel der letztern nur als aufschiebendes Ehehinderniß, dergestalt, daß die Aeltern die schon geschlossene Ehe ihrer Kinder nicht annulliren, sondern nur der zu schließenden aus triftigen Gründen widersprechen könnten und dieß ist das heutige Recht der katholischen Kirche: Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 1. *de Reform. matrim.* Anders verhält es sich in manchen protestantischen Staaten, wovon unten die Rede seyn wird. Endlich

6) **Sponsalia priora.** Wenn sich nämlich Jemand gültig verlobt, später aber wieder einer dritten Person die Ehe versprochen hat, so kann aus diesem letzten Eheversprechen, wegen der entgegenstehenden, frühern Verlobung, keine gültige Eheschließung erfolgen. Ist dieß aber bereits geschehen, so wird die geschlossene Ehe höher geachtet, als die frühere Verlobung und bleibt daher bestehen: c. 31. X. *de Sponsalib.* — Nach R. R. wurde Der, welcher doppelte Sponsalien eingieng, mit der infamia iuris bestraft: L. 13. §. 2. D. *de His, qui not. infam.*

Manche rechnen aber zu den bloß aufschiebenden Ehehindernissen auch diejenigen verbotenen Grade der Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft, von welchen dispensirt werden kann, indem sie behaupten, daß die in solchen Graden bereits geschlossene Ehe nicht wieder aufgehoben, sondern daß die Dispensation hinterher ertheilt werde. Aber, abgesehen davon, daß dieß nicht immer der Fall seyn dürfte, bleibt doch die Dispensations-Frage stets nur eine quaestio facti und kann nie zu einem Rechtssatze erhoben werden, weil die Dispensation nur eine Gnadenhandlung des Landesherrn oder des kirchlichen Oberhauptes ist.

§. 239.

II. Impedimenta dirimentia:

1. priuata.

Diejenigen Hindernisse, welche nicht nur einer zu schließenden Ehe entgegenstehen, sondern auch die bereits geschlossene wieder auf-

lösen, haben sämmtlich mit einander gemein, daß sie, wenn sie diese Wirkung hervorbringen sollen, schon vor der Eheschließung da gewesen seyn müssen. Diese zerstörenden oder vernichtenden Ehehindernisse lassen sich nun am Leichtesten dadurch übersehen, daß man die Eintheilung aller impedimenta matrimonii in publica und priuata, auf sie besonders anwendet und sie solchergestalt nach ihrem Zwecke classificirt. Aus dieser Eintheilung geht nämlich zugleich der eigenthümliche Unterschied hervor, daß der geistliche Richter von den Privat-Hindernissen nicht eher Kenntniß nimmt, als bis die betheiligte Person die Annullirung der Ehe verlangt, die öffentlichen Hindernisse aber von Amtes wegen berücksichtigen, mithin bey diesen unaufgefordert einschreiten muß.

Die impedimenta *dirimentia priuata* sind aber folgende:

1) die impedimenta consensus (§. 128—131. u. §. 134.) nämlich

a. vis et metus (Zwang). Die vis, welche hier vorkommt, kann nur eine iniusta und zwar compulsiua seyn (§. 129.), so wie der metus ein iustus, d. h. ein solcher seyn muß, qui merito et in hominem constantissimum cadit: L. 6. D. *Quod met. caus.* Wer also unter Umständen zu einer Eheschließung gezwungen worden ist, welche ihn im Weigerungsfalle ein wesentliches Uebel hinsichtlich seines Lebens, seiner Gesundheit, seiner Ehre oder seines Vermögens fürchten ließen, kann mit Recht die Annullirung seiner Ehe verlangen: c. 14. 15. u. 28. X. *de Sponsalib.* Dieser Fall tritt z. B. ein, wenn ein Vater seine Tochter durch Hunger oder durch körperliche Mißhandlungen zu einer Heyrath gezwungen hat, keinesweges aber, wenn er sie bloß dringend gebeten oder bey seiner väterlichen Liebe beschworen hat, jenen Wunsch zu erfüllen: L. 22. D. *de Diuort.* Denn dieß würde ein metus reuerentialis seyn, der nicht als iustus betrachtet werden kann. Doch läßt sich für diese Fälle in der Theorie keine feste Regel aufstellen, es müssen vielmehr dieselben vom geistlichen Richter in concreto beurtheilt werden;

b. error substantialis (wesentlicher Irrthum). Das gemeine Recht hat hier sehr enge Grenzen gezogen und nur denjenigen Irrthum für ein Ehehinderniß erklärt, welcher sich auf den status libertatis der fraglichen Personen oder auf die integritas sexus der Ehefrau bezieht, so daß, wer aus Irrthum eine leib-

eigene Person geheyrathet hatte, die Annullirung der Ehe verlangen konnte: c. 4. u. 6. C. *XXIX*. qu. 2. u. c. 2. u. 4. X. *de Coniug. seruor*. und dasselbe Recht dem Ehemanne zugesteht, welcher erst nach geschlossener Ehe erfährt, daß sich seine Frau früher in einer unerlaubten Geschlechtsverbindung befunden habe: arg. c. 25. X. *de Iureiur*. Hier ist zwar das Gegentheil verordnet, aber nur auf den Fall, daß der Ehemann seiner Ehefrau bey der Eheschließung mittelst Eides versprochen habe, sie für immer als seine rechtmäßige Gattin anzuerkennen. Es muß daher argumento a contrario geschlossen werden, daß, wenn die Ehe ohne Eidesleistung geschlossen worden ist, dem Manne, wegen des defectus virginitatis seiner Frau, allerdings das Recht zukomme, auf Annullirung der Ehe anzutragen. Zudem steht das c. 25. *cit*. unter der Lehre vom Eide und handelt auch nur von diesem. — Umgekehrt aber haben weder die Gesetze, noch der Gerichtsbrauch der Ehefrau ein gleiches Befugniß in dem erwähnten Falle zugestanden, was wohl von der Ansicht herrührt, daß die Keuschheit vorzugsweise den Werth des weiblichen Geschlechts bestimme.

Die Particularrechte aber, namentlich die der protestantischen Staaten, haben das Hinderniß des Irrthums auch auf den Zustand des Körpers und des Geistes, so wie auf infamirende Verbrechen ausgedehnt.

c. dolus dans caussam matrimonio. Wenn die Arglist als Ehehinderniß betrachtet werden soll, so muß sie nothwendig so beschaffen seyn, daß ohne Anwendung derselben der Betrogene seine Einwilligung zu der einzugehenden Ehe nicht ertheilt haben würde. Wenn z. B. Jemand einem Frauenzimmer vorspiegelt, daß er einem gewissen Stande angehöre, ein gewisses Amt bekleide oder ein gewisses Vermögen besitze, dieses Anführen aber sich nach eingegangener Ehe als völlig ungegründet erweist, so kann wegen Betruges die Annullirung der Ehe gefordert werden, dafern die Betrogene darthun kann, daß sie die Ehe nicht geschlossen haben würde, wenn sie die wahren Umstände gekannt hätte.

2) Deficiens consensus parentum in ecclesia euangelica. Da die Ehe in der protestantischen Kirche kein Sacrament ist, so haben die Particularrechte der meisten evangelischen Staaten die Gültigkeit der Ehe von der älterlichen oder doch wenigstens von der väterlichen Einwilligung dergestalt abhängig gemacht, daß die Aeltern eine ohne ihren Consens geschlossene Ehe annulliren können, dafern sie im Stande sind, einen triftigen Grund

ihrer Verweigerung anzuführen. Inwiefern ein solcher vorhanden sey, bleibt stets dem Ermessen des Richters überlassen, welcher im entgegengesetzten Falle die älterliche Einwilligung suppliren kann.

§. 240.

2. Publica.

Die vernichtenden, öffentlichen Hindernisse sind aber folgende:

1) Votum sollemne s. professio religiosa. Hierunter ist das dreyfache Gelübde: der Keuschheit, der Armuth und der Demuth zu verstehen, welches Derjenige leistet, der in einen vom Papste bestätigten, geistlichen Orden eintritt. Hierher gehören: a. Mönche und Nonnen, b. Regular-Domherren und c. geistliche Ritter. Diesen sämmtlichen Personen ist die Eheschließung dergestalt untersagt, daß, wenn eine solche dennoch erfolgt ist, die Ehe sogleich annullirt wird: c. vn. *de Voto et vot. redemt. in VI.* Auch ist die Dispensation von der Profeß ausschließlich dem Papste vorbehalten: c. 5. *Extrav. comm. de Poenit. et remiss.*

2) Coelibatus clericorum. Dieser ist jedoch als vernichtendes Ehehinderniß nur von den Geistlichen der höhern Weihen zu verstehen, weil nur deren Ordination ein Sacrament ist: c. 1. u. 2. X. *Qui clerici vel vou.* und Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 9. *de Sacram. matrim.* Dahingegen sollen sich zwar die Geistlichen der niedern Weihen ebenfalls nicht verheyrathen, aber wenn sie es dennoch gethan haben, darf die von ihnen geschlossene Ehe nicht wieder aufgelöst werden: c. 1. 2. 3. u. 5. X. *de Cleric. coniug.* obwohl sie, wie in diesen Gesetzen verordnet ist, aller geistlicher Aemter, die sie vielleicht vor ihrer Verheyrathung bekleidet haben, so wie aller Rechte des geistlichen Standes verlustig gehen.

Die protestantische Kirche kennt weder die Profeß, noch den Cölibat der Geistlichen.

3) Gradus prohibitus consanguinitatis et adfinitatis. (s. §. 241).

4) Matrimonium iam contractum. Wenn Der, welcher bereits durch eine gültige Ehe gebunden ist, sich mit einer dritten Person verheyrathet, so ist die letztere von ihm geschlossene Ehe als null und nichtig zu betrachten: c. 19. X. *de Sponsal.*

5) Adulterium (Ehebruch). Das adulterium, als vernichtendes Ehehinderniß, darf nicht mit dem adulterium, als einem

Scheidungsgrunde verwechselt werden. Ein Ehehinderniß, welches allein hierher gehört, ist nämlich der Ehebruch insofern, als Die, welche dieses Verbrechen mit einander begangen haben, nach dem Tode des betrogenen Ehegatten keine gültige Ehe schließen können und wenn dieß dennoch geschehen ist, die Ehe annullirt wird. Ein Scheidungsgrund ist aber der Ehebruch insofern, als der verletzte Ehegatte die Auflösung seiner bisher gültigen Ehe verlangen kann, wenn der andere sich jenes Verbrechens schuldig gemacht hat.

Was nun das adulterium als Ehehinderniß betrifft, so hat

a. das R. R. die Ehe zwischen adulter und adultera unbedingt verboten: L. 26. D. *de Ritu nupt.* und L. 29. §. 1. D. *Ad leg. Iul. de adult.* Hingegen

b. das canonische Recht gestattet die Ehe dieser Personen: c. 1. u. 6. X. *de Eo, qui duxit in matrim.*, ausgenommen in zwey Fällen:

α. wenn dieselben dem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben getrachtet: c. 3. X. *eod.* und

β. wenn sie sich noch bey Lebzeiten des unschuldigen Ehegatten die Ehe versprochen haben: c. 6. X. *eod.*

6) Raptus (Entführung). Diese ist im juristischen Sinne: abductio dolosa feminae honestae ad libidinem cum ipsa exstinguendam peracta: L. un. C. *de Raptu virg.* — Die Entführung ist aber nur nach R. R. ein Ehehinderniß, dergestalt, daß zwischen einem raptor und einer rapta, selbst wenn die Letztere eingewilligt hat, niemals eine gültige Ehe eingegangen werden kann und die bereits geschlossene annullirt wird: Nov. 143. Das canonische Recht gestattet aber diese Ehe unbedingt: c. 6. u. 7. X. *de Raptorib.* und Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 6. *de Reform. matrim.* und es ist ein logischer Fehler, dessen sich Diejenigen schuldig machen, welche, wie es gewöhnlich geschieht, die Entführung auch nach canonischem Rechte zu den Ehehindernissen zählen, indem sie behaupten, es sey zwar die Ehe zwischen raptor und rapta ebenfalls verboten, allein ausnahmweise sey sie gestattet, wenn die rapta hinterher einwillige. Da aber weder eine wahre, noch eine gültige Ehe ohne consensus matrimonialis gedacht werden kann und in Ermangelung des letztern die Ehe schon wegen Zwanges unstatthaft seyn würde, so sprechen die angeführten Kirchengesetze nur die einfache Aufhebung des Römischen Verbotes aus.

7) Disparitas cultus. Da die Ehe in unsern Staaten nur aus dem christlichen Gesichtspunkte betrachtet wird, so versteht es sich von selbst, daß sowohl bey Katholiken, als Protestanten eine zwischen Christen und Nichtchristen (infidelibus) eingegangene Ehe vollkommen null und nichtig ist, welche Vorschrift bereits durch das ältere canonische Recht ausgesprochen worden ist: c. 17. C. *XXVIII.* qu. 1. so wie auch durch das R. R.: L. 6. C. *de Iudaeis et coelic.*, obwohl einige wenige protestantische Staaten in der neuesten Zeit auch dieses Ehehinderniß aufgehoben haben. — Von der disparitas cultus ist aber die diversitas fidei zu unterscheiden, nämlich die Verschiedenheit zwischen den christlichen Confessionen, wie zwischen Katholiken und Protestanten, zwischen Lutheranern und Reformirten. Diese ist, wenn nicht in einzelnen Fällen besondere Rechtsverhältnisse in der einen oder andern Kirche entgegenstehen, keinesweges als Ehehinderniß zu betrachten.

8) Deficiens consensus magistratus, bey Ehen, welche ein Vormund oder Curator mit seiner Mündelin oder Curandin zu einer Zeit abgeschlossen hat, während welcher die Pflegbefohlenen noch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Verwaltung der erstern hätten erlangen können: L. 66. D. *de Ritu nupt.* Endlich

9) fügen noch die Territorialrechte der einzelnen, deutschen Staaten hin und wieder folgende Ehehindernisse bey, nämlich den ermangelnden Consens a. des Landesherrn bey Verheyrathung der zum Hofstaate gehörigen Personen, so wie der Oberofficiere, b. des Regiments-Chefs bey Ehen der Unterofficiere und Gemeinen, c. der Guts-Herrschaft in Hinsicht auf ihre Unterthanen, d. der Stadt- und Dorfgemeinden, wenn solche Mitglieder sich verheyrathen wollen, welche so arm sind, daß sie von den Gemeinden selbst erhalten werden müssen und e. der ausländischen Behörde, wenn zwischen Ausländern und Inländern eine Ehe geschlossen werden soll.

§. 241.

Von den verbotenen Graden der Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft:

1. der Blutsverwandtschaft.

In dieser Lehre sind die Römische, canonische und protestantische Gesetzgebung zu unterscheiden, doch muß gleich im Voraus bemerkt

werden, daß sie insofern sämmtlich übereinstimmen, als sie in linea recta und in respectu parentelae die Ehe in infinitum verbieten, nämlich in linea recta: L. 53. D. *de Ritu nupt.* und c. 1. C. XXX. qu. 3. und in respectu parentelae: L. 39. pr. D. *de Ritu nupt.* und arg. c. 3. X. *de Consanguin.*

Was aber, abgesehen vom respectus parentelae, die verbotenen Grade in der Seitenlinie betrifft, so verbietet

1) das R. R. die Ehe bloß unter Geschwistern: §.2—4. Inst. *de Nupt.* und L. 19. C. *eod.*

2) das canonische Recht: bis zum vierten Grade der gleichen Seitenlinie: c. 8. X. *de Consanguin.*, so daß also, wenn eine von beyden Personen im fünften Grade vom stipes communis entfernt ist, die andere aber sich auf einem nähern Grade befindet, der Eheschließung nichts entgegensteht, weil sich in der ungleichen Seitenlinie die Computation nur nach der entferntern Person richtet: c. 9. X. *eod.* und

3) das evangelische Kirchenrecht verbietet in den meisten Staaten die Ehe bis zum dritten Grade der ungleichen Seitenlinie, so daß also nicht nur zwischen Bruder und Schwester, so wie unter Geschwisterkindern die Eheschließung untersagt ist, sondern auch zwischen dem Kinde des einen consobrinus und dem andern consobrinus.

§. 242.

Cognatio ficta.

Die nachgebildete Verwandtschaft (cognatio ficta) ist doppelt:

1) cognatio legalis, welche durch Adoption begründet wird. Diese ist durch das R. R. eingeführt worden, nach dessen Vorschrift die Ehe zwischen folgenden Personen verboten ist, welche durch die Adoption in das Verhältniß der agnatio (im Gegensatze der cognatio) treten:

a. in linea recta: zwischen dem Adoptiv-Vater und der Adoptiv-Tochter oder der Frau des Adoptiv-Sohnes und zwischen dem Adoptiv-Sohne und der Frau oder der Mutter des Adoptiv-Vaters: L. 14. §. 1. u. 4. D. *de Ritu nupt.* Dieses Verbot dauert auch dann noch fort, wenn das Adoptions-Verhältniß wieder aufgelöst worden ist: §. 1. *cit.*

b. in linea obliqua: zwischen dem Adoptiv-Kinde und den leiblichen Kindern des Adoptiv-Vaters, zwischen dem Adoptiv-Sohne und der Schwester des Adoptiv-Vaters und zwischen der Adoptiv-Tochter und dem Bruder des Adoptiv-Vaters: L. 17. §. 2. D. *eod.* Doch gehört hierher noch ein Verbot des R. R., welches sich auf die cognatio (im Gegensatze der agnatio) bezieht, nämlich der Adoptiv-Sohn kann mit der mütterlichen Tante seines Adoptiv-Vaters keine gültige Ehe schließen: L. 55. §. 1. D. *eod.* — Aus dieser Gesetzstelle geht zugleich hervor, daß die cognatio legalis in der Seitenlinie nur so lange ein Ehehinderniß ist, als das Adoptions-Verhältniß dauert.

Diese Verbote des R. R. wurden durch das canonische Recht bestätigt: c. 1. 5. u. 6. C. *XXX.* qu. 3. u. c. un. X. *de Cognat. legal.* und giengen auch in die evangelische Kirche über, welche wenigstens in der geraden Linie und im ersten Grade der Seitenlinie die Ehe verbietet, so lange das Adoptions-Verhältniß besteht;

2) cognatio spiritualis, welche begründet wird:

a. durch die Taufe. Wegen dieses Sacramentes nimmt das heutige Recht der katholischen Kirche die geistige Verwandtschaft, als Ehehinderniß, zwischen folgenden Personen an:

α. zwischen dem Täufer und dem Täufling,

β. zwischen dem Täufer und den Aeltern des Täuflings,

γ. zwischen den Pathen (deren in der katholischen Kirche nicht mehr, als zwey seyn dürfen) und dem Täufling und

δ. zwischen den Pathen und den Aeltern des Täuflings: Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 2. *de Reform. matrim.*

b. durch die Firmelung:

α. zwischen dem Firmelnden und dem Gefirmelten,

β. zwischen dem Firmelnden und den Aeltern des Gefirmelten,

γ. zwischen den Pathen und dem Gefirmelten und

δ. zwischen den Pathen des Gefirmelten und dessen Aeltern. Vgl. die angef. Stelle des Concil. Trid.

§. 243.

2. Von den verbotenen Graden der Schwägerschaft.

Da die adfinitas, wie bereits oben gesagt worden ist, nie ohne consanguinitas gedacht werden kann, so haben die verbotenen Grade der Schwägerschaft von jeher, sowohl im Staate, als in der Kirche, mit denen der Blutsverwandtschaft gleichen Schritt gehalten. Darum verbietet

1) das R. R. die Ehe in linea *recta*: in infinitum, so daß also in der geraden Linie sowohl das Schwieger- als das Stiefverhältniß unter allen Umständen als vernichtendes Ehehinderniß betrachtet werden muß: L. 14. §. 4. D. *de Ritu nupt.*, in linea *obliqua* hingegen: mit der Frau des verstorbenen Bruders und mit der Schwester der verstorbenen Frau: L. 5. C. *de Incest. et inutil. nupt.*

2) Nach canonischem Rechte ist zwischen der adfinitas legitima und illegitima zu unterscheiden. In der geraden Linie und in respectu parentelae ist zwar bey beyden Gattungen der Schwägerschaft die Ehe in infinitum verboten, aber in der Seitenlinie geht das Verbot bey der adfinitas legitima: bis zum vierten Grade der gleichen Seitenlinie: c. 8. X. *de Consanguin.*, bey der adfinitas illegitima hingegen nur bis zum zweyten Grade der gleichen Seitenlinie: Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 4. *de Reform. matrim.*

3) Nach dem Kirchenrechte der meisten protestantischen Staaten ist die Ehe in der geraden Linie der Schwägerschaft und in respectu parentelae: in infinitum, in der Seitenlinie aber bis zum dritten Grade der ungleichen Seitenlinie verboten.

§. 244.

Quasiadfinitas.

Die nachgebildete Schwägerschaft (quasiadfinitas) ist die, welche nicht durch die Eheschließung oder einen außerehelichen Beyschlaf, sondern durch ein gültiges Ehegelöbniß begründet wird. Darum verbot schon das R. R. die Ehe zwischen der Braut und dem Vater des Bräutigams, zwischen dem Bräutigam und der Mutter seiner Braut, zwischen dem Sohne und der Braut seines Vaters und zwischen der Tochter und dem Bräutigam ihrer

Mutter: §. 9. Inst. *de Nupt.* u. L. 12. §. 1. u. 2. u. L. 14. §. 4. D. *de Ritu nupt.*

Das canonische Recht dehnte dieses Ehehinderniß auch auf die Seitenlinie aus, jedoch ist in dieser durch das heutige Recht der katholischen Kirche das Verbot auf den ersten Grad beschränkt, so daß der Verlobte mit den Geschwistern des andern Verlobten keine gültige Ehe schließen kann: Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 1. *de Reform. matrim.*

In den protestantischen Staaten gilt hinsichtlich der quasiadfinitas gewöhnlich das canonische Recht, doch wird das Eheverbot zuweilen auch auf den zweyten Grad der gleichen Seitenlinie erstreckt.

§. 245.

Dispensation von Ehehindernissen.

Von gewissen Ehehindernissen pflegt sowohl in der katholischen, als in der evangelischen Kirche dispensirt zu werden:

1) in der katholischen Kirche ist nach der heutigen Praxis das Recht, von Ehehindernissen zu dispensiren, zwischen dem Papste und dem betreffenden Bischof getheilt, dergestalt, daß der erstere von den vernichtenden, der letztere von den aufschiebenden Hindernissen dispensirt, obwohl auch diese Regel gewisse Ausnahmen erleidet. Der Papst hat sich nämlich zwey aufschiebende Hindernisse vorbehalten: a. votum minus sollemne und b. sponsalia priora. Von der andern Seite ist es dagegen dem Bischof gestattet, auch von vernichtenden Ehehindernissen zu dispensiren, dafern sich die Eheschließung nicht aufschieben läßt, wie z. B. am Sterbebette. Aber

2) in der protestantischen Kirche steht das Recht, zu dispensiren, dem Landesherrn, als Oberem in der Kirche, zu und wird von diesem durch die höchste, geistliche Behörde ausgeübt.

Was nun in's Besondere das impedimentum dirimens consanguinitatis und adfinitatis betrifft, so ist zwar auch in dieser Beziehung die Ausübung des Dispensationsrechtes dem Ermessen des Obern in der Kirche überlassen, doch pflegen in beyden Kirchen die Eheverbote des Mosaischen Rechts mit wenigen Ausnahmen, als die Grenzen des Dispensations-Befugnisses angesehen zu werden. Streitig ist es, ob die Eheverbote des Mosaischen Rechts bloß nach den aufgestellten Fällen, oder nach den

16*

analogen Graden zu beurtheilen sind, die Praxis hat aber nach den verschiedenen Fällen bald der erstern, bald der letztern Meynung den Vorzug gegeben.

Das Mosaische Recht verbietet nämlich die Ehe:

1) unter Blutsverwandten: a. mit der Mutter, b. mit der Tochter des Sohnes, c. mit der Tochter der Tochter, d. mit der Schwester und e. mit der Schwester der Mutter: 3. Mos. XVIII, 6. f. XX, 17. f. und 5. Mos. XXVII, 23.

2) unter verschwägerten Personen: a. mit der Stieftochter, b. mit der Stiefmutter, c. mit der Schwiegertochter, d. mit des Bruders Frau, e. mit des Vaters Bruders Frau, f. mit der Tochter des Stiefsohns und g. mit der Tochter der Stieftochter: 3. M. XVIII, 8. u. 15. f. XX, 11. f. und 5. Mos. XXVIII, 22. — Doch ist zu d. eine wichtige Ausnahme zu bemerken. Wenn nämlich die Ehe des verstorbenen Bruders kinderlos gewesen ist, so befiehlt das Mosaische Recht die außerdem verbotene Ehe: 5. Mos. XXV. 5. f.

Dritte Abtheilung.

Vom Verlöbniß.

§. 246.

Begriff.

Bey dem Begriffe des Verlöbnisses ist zwischen dem R. R. und dem canonischen zu unterscheiden:

1) nach R. R. sind *Sponsalia*: mentio et repromissio nuptiarum futurarum: L. 1. D. *de Sponsal.* Die Worte: mentio et repromissio deuten aber genugsam an, daß die sponsalia nach R. R. nur ein pactum nudum waren, aus welchem nicht geklagt werden konnte: L. 1. C. *de Sponsal.* u. L. 14. C. *de Nupt.*, obwohl außerdem mehrere rechtliche Wirkungen aus denselben hervorgiengen.

2) Nach canonischem Rechte sind aber Sponsalia: contractus maris et feminae de futuro matrimonio initus. Nach heutigem, gemeinem Rechte sind die sponsalia ein wirklicher Contrakt, weil sie eine Klage bewirken, welche auf Schließung der Ehe gerichtet: c. 10. u. 22. X. *de Sponsal.* und gewöhnlich actio matrimonialis genannt wird. Doch hat diese Klage zwey

Eigenthümlichkeiten, wodurch sie sich von den übrigen unterscheidet: a. daß sie nur auf Eheschließung, nicht aber für den Fall der aufgelösten Verlobung auf Entschädigung angestellt werden kann, denn dieser Antrag ist ein ganz für sich bestehender und gehört vor den weltlichen Richter und b. daß, wenn sie auch vollständig begründet ist, dennoch kein eigentlicher Zwang des verweigernden Theiles eintreten kann, sondern dieser nur durch kirchliche Censuren zur Eheschließung angehalten oder für seine Hartnäckigkeit bestraft wird: c. 10. u. 17. *cit.* Auch die evangelische Kirche kennt keine Zwangstrauung und nach den Gesetzen mehrerer protestantischer Staaten bringt die Verlobung, wie nach R. R., keine Klage hervor.

§. 247.

Gesetzliche Form und Gültigkeit der Verlobung.

Es ist ein Irrthum, wenn manche Rechtslehrer behaupten, daß zu der Form eines gültigen Ehegelöbnisses die Concurrenz der Kirche oder zweyer Zeugen erforderlich sey, welche nach dem heutigen Rechte der katholischen Kirche bloß zur Eheschließung gehören, es ist vielmehr zur Form der Sponsalien eben so wohl nach canonischem, wie nach R. R. durchaus nichts weiter nothwendig, als die gegenseitige Erklärung des consensus sponsalitius von Seiten der sich verlobenden Personen: L. 4. D. *de Sponsal.* Dieser consensus kann nun entweder ein ausdrücklicher, oder stillschweigender, ein mündlicher, oder schriftlicher seyn und entweder in eigner Person, oder durch einen Bevollmächtigten erklärt werden: L. vlt. D. *de Sponsal.*

Was aber die Gültigkeit des Ehegelöbnisses betrifft, so sind hier die Gründe der Unfähigkeit und die Hindernisse dieselben, welche bey der Eheschließung gelten, so daß Die, welche keine gültige Ehe eingehen können, auch nicht berechtigt sind, ein gültiges Verlöbniß zu schließen, nur sind folgende Modificationen dieser Regel zu bemerken:

1) die impedimenta consensus (Zwang, Irrthum und Betrug) nehmen bey der Verlobung einen andern Charakter an, als bey der Ehe, indem bey jener die Grundsätze gelten, welche bey Verträgen überhaupt zur Anwendung kommen und die impedimenta consensus daher weit eher berücksichtigt werden, als bey der Ehe.

2) Einem Ehegelöbnisse können Bedingungen und Zeitbestimmungen hinzugefügt werden: c. 1. u. 3. X. *de Condit.*

adpos., was bey der Ehe niemals geschehen kann, nur muß bemerkt werden, daß, wenn zu einem bedingten Verlöbnisse der Beyschlaf hinzutritt, dieses in ein unbedingtes verwandelt wird: c. 3. X. *cit.*

3) Der Mangel der älterlichen Einwilligung ist heut zu Tage, wenn die Aeltern einen triftigen Grund ihrer Verweigerung anführen können, allerdings ein Ehehinderniß, aber kein Hinderniß der gültigen Verlobung. Der hier eintretende Unterschied besteht nämlich darin, daß aus den Sponsalien, welche ohne Einwilligung der Aeltern geschlossen worden sind, eine Klage erhoben werden kann, die auch mit Wirkung angestellt wird, wenn die Aeltern keine gerechte Ursache ihrer Verweigerung darthun, daß aber im entgegengesetzten Falle die Aeltern das gültige Ehegelöbniß wieder aufheben können. Endlich

4) können impuberes zwar keine gültige Ehe schließen, wohl aber sich gültig verloben, wenn sie nur infantia maiores sind: c. 29. X. *de Sponsal.* u. c. vii. *de Desponsat. impub. in VI.* Die Wirkung eines solchen Ehegelöbnisses ist die, daß der desponsatus impubes bis zu seiner Pubertät keine anderweite, gültige Verlobung abschließen, wenn er aber die Pubertät erreicht hat, nach seiner Willkühr wieder davon zurücktreten kann: c. 8. X. *de Sponsal.* u. c. vii. *cit.*

§. 248.

Sponsalia de praesenti et de futuro.

Sehr merkwürdig war im ältern canonischen Rechte die Eintheilung in sponsalia de praesenti und sponsalia de futuro, mit welcher es folgende Bewandtniß hatte.

Die ältern Deutschen konnten und wollten sich an die von Carl d. Gr. vorgeschriebene Form der Eheschließung, nämlich an die benedictio sacerdotalis, schlechterdings nicht gewöhnen, sondern schlossen ihre Ehen bloß durch gegenseitige Erklärung des consensus matrimonialis und durch die gleich darauf folgende, eheliche Beywohnung. Die Päpste, welche wohl einsahen, daß sie mit der kirchlichen Form nicht durchdringen könnten, suchten das Ansehn der geistlichen Gesetze wenigstens scheinbar dadurch zu retten, daß sie jener Verbindung den Namen der Ehe verweigerten und sie bloß sponsalia nannten, jedoch sponsalia de praesenti (nämlich matrimonio), im Gegensatze der sponsalia de futuro, der eigent-

lichen Verlobung, welche stets nur auf eine zukünftige Ehe abzweckt. Sie legten jedoch den sponsalibus de praesenti alle Wirkungen einer gültigen Ehe bey und namentlich 1) die Natur des Sacramentes, 2) die Unauflöslichkeit, 3) daß ihnen weder eine Bedingung, noch eine Zeitbestimmung hinzugefügt werden konnte, 4) daß in Hinsicht auf dieselben weder ein Eidesantrag, noch ein Vergleich gestattet wurde und 5) daß bey der Collision mit sponsalibus *de futuro* (dem eigentlichen Verlöbnisse) die sponsalia de praesenti, als eine wirkliche Ehe, stets vorgezogen wurden. Hieraus folgte zugleich, daß, wenn zu sponsalibus de futuro der Beyschlaf hinzukam, diese in sponsalia de praesenti, also in eine wirkliche Ehe verwandelt wurden. Hiernach waren denn *sponsalia de praesenti*: matrimonium verum absque ritu ecclesiastico solum per consensum matrimonialem et coitum in continenti subsequentem contractum.

Diese formlosen Ehen erhielten sich aber bis zu der Kirchenversammlung zu Trient, welche bestimmte, daß keine Ehe als gültig zu betrachten sey, wenn sie nicht unter der kirchlichen Feyerlichkeit eingegangen worden wäre: Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 1. *de Reform. matrim.*

§. 249.

Von den Wirkungen des Verlöbnisses.

Ein gültig geschlossenes Ehegelöbniß bringt folgende rechtliche Wirkungen hervor:

1) die actio matrimonialis, welche, wie schon gesagt, dem R. R. unbekannt ist,

2) fides sponsalitia, deren Verletzung das repudium nach sich ziehen kann (s. §. 250.),

3) quasiadfinitas, als Ehehinderniß,

4) die iniuria mediata, indem eine der Braut zugefügte Beleidigung auch den Bräutigam zu Anstellung einer Klage berechtigt: L. 15. §. 24. D. *de Iniur.*,

5) die infamia iuris, mit welcher Derjenige belegt wird, welcher mehrere Ehegelöbnisse neben einander eingegangen hat: L. 13. §. 1. D. *de His, qui not. infam.* — Unter den mehreren Sponsalien haben die zuerst geschlossenen jederzeit den Vorzug: c. VII. pr. *de Sponsal. in VI.*

6) wenn dem Bräutigam die Mitgift schon im Voraus übergeben worden war, so kann er die darin enthaltenen Grundstücke eben so wenig gültig veräußern, als ein Ehemann: L. 4. D. *de Fundo dot.* und wenn in demselben Falle die Sponsalien wieder aufgelöst werden, so ist das Zurückforderungsrecht der Braut eben so privilegirt, als das der Ehefrau: L. 74. D. *de Iure dot.*

7) Das, was Verlobte, welche unter väterlicher Gewalt stehen, von ihren Verlobten geschenkt bekommen oder auf den Todesfall erworben haben, fällt ihnen selbst und nicht dem Vater zu: L. 5. C. *de Bon. quae lib.*

8) Gegen Verlobte kann nach reinem R. R. im Falle einer heimlichen Entwendung zwar die condictio furtiua, niemals aber die actio furti angestellt werden: L. 3. §. 2. D. *de Act. rer. amot.* Endlich ist

9) die in der Lex Iulia de adulteriis vorgeschriebene Strafe des Ehebruchs auch auf die Untreue der Braut anzuwenden: L. 13. §. 3. D. *Ad leg. Iul. de adult.*

§. 250.

Aufhebung des Verlöbnisses.

Die Ursachen, aus welchen ein gültiges Ehegelöbniß seine rechtliche Wirkung verlieren kann, sind folgende:

1) der Tod. Hier kann der überlebende Theil die arrha sponsalitia (den Mahlschatz) zurückfordern: L. 3. C. *de Sponsal.*

2) ein später eintretendes Ehehinderniß, wie wenn der Bräutigam mit der Mutter der Braut den Beyschlaf ausgeübt hat: c. 2. X. *de Eo, qui cognou. consanguin.,*

3) der Wegfall einer Suspensiv- oder der Eintritt einer Resolutiv-Bedingung: c. 1. 3. 5. u. 7. X. *de Condit. adpos.*

4) die Leistung der Profeß oder der Empfang höherer Weihen: c. 1. X. *de Cler. coniug.* u. c. 7. X. *de Conuers. coniug.*

5) mutuus dissensus, gegenseitige Uebereinkunft: c. 2. X. *de Sponsal.* Doch werden nach dem heutigen Gerichtsbrauche die Sponsalien in diesem Falle nur dann als aufgelöst betrachtet, wenn der geistliche Richter davon in Kenntniß gesetzt worden ist und seine Genehmigung mittelst Decretes ertheilt hat, und

6) *repudium*: dissolutio sponsalium validorum ex iusta caussa auctoritate iudicis ecclesiasti facta. c. 13. X. *eod.* Als iustae

caussae repudii werden betrachtet: a. violatio fidei sponsalitiae, wohin jede unzüchtige Handlung mit einer dritten Person, so wie das Abschließen anderweiter Sponsalien zu rechnen ist: L. 5. C. *de Sponsal.* u. c. 25. X. *de Iureiur.* b. das absichtliche Entweichen in entfernte Gegenden: c. 5. X. *de Sponsal.* c. später eintretende körperliche Gebrechen: c. 25. X. *de Iureiur.* d. ansteckende Krankheiten: c. 3. X. *de Coniug. lepros.* und e. mora, d. h. die zweyjährige Abwesenheit des Verlobten, welche sich mit hinreichenden Gründen nicht rechtfertigen läßt: L. 2. C. *de Sponsal.* — Die Particularrechte und der Gerichtsbrauch fügen hin und wieder noch andere Ursachen hinzu, namentlich ein infamirendes Verbrechen, den Uebertritt zu einer andern Confession, völlige Nahrungslosigkeit u. s. w.

Wenn Jemand nach R. R. die geschlossene, gültige Verlobung einseitig und ohne Ursache wieder aufhebt, so muß er den empfangenen Mahlschatz doppelt zurückgeben: L. 5. C. *de Sponsal.*

Mit der Aufhebung eines gültigen Verlöbnisses darf aber nicht die Annullirung der Sponsalien verwechselt werden, welche zwar auch vom geistlichen Richter geschieht, aber stets ein vernichtendes Hinderniß voraussetzt, kraft dessen die Verlobung gleich anfangs ungültig gewesen ist.

Vierte Abtheilung.

Vom Aufgebote.

§. 251.

Begriff und Ursprung.

Proclamatio s. *Bannum matrimoniale* (Aufgebot): denunciatio futuri matrimonii in coetu ecclesiastico a parocho competente facta. Das Aufgebot hat den Zweck, daß man die etwanigen Hindernisse, welche der Ehe entgegenstehen, noch zeitig genug kennen lerne. Der Ursprung des Aufgebotes ist aber von den ältesten Zeiten der christlichen Kirche herzuleiten. Die ersten Christen pflegten nämlich ihre durch Erklärung des consensus matrimonialis erfolgte, mithin vor dem Staate gültige Eheschließung gleich darauf der versammelten Gemeinde anzuzeigen, damit ihnen zur Heiligung ihres Bundes die priesterliche Einsegnung zu Theil werden möchte. Als aber später die christliche Kirche in den

Staat aufgenommen wurde, bildete sich nach und nach die kirchliche Sitte, daß eine solche Bekanntmachung noch vor der Eheschließung zu erfolgen pflegte, obwohl dieß nur etwas Willkührliches war, bis der Papst Innocenz III. im J. 1215. das Aufgebot zu einem allgemeinen Gesetze erhob: c. 3. X. *de Clandest. despons.*, welches in der Kirchenversammlung zu Trient bestätigt und näher bestimmt wurde: Sess. XXIV. c. 1. *de Reform. matrim.* und auch, unter wenigen Modificationen, in die evangelische Kirche übergegangen ist.

§. 252.

Gesetzliche Form und Wirkung.

Das Aufgebot soll sowohl in der katholischen, als in der evangelischen Kirche 1) an drey hintereinander folgenden Sonn- oder Festtagen, 2) vom competenten Pfarrer und 3) vor versammelter Kirchengemeinde geschehen. Wenn die Verlobten zu verschiedenen Kirchspielen gehören, so müssen sie in beyden, und nach Vorschrift mancher Particularrechte auch noch in denen der Aeltern aufgeboten werden. So lange die Zeit des Aufgebotes dauert, darf die Eheschließung nicht erfolgen, ist aber das Aufgebot beendigt, ohne daß eine Störung dazwischen trat, so werden die Privat-Ansprüche dritter Personen nicht weiter berücksichtigt: c. 6. X. *Qui matrim. accus.*, was sich aber keineswegs auf impedimenta publica erstreckt. Die Unterlassung des Aufgebotes macht zwar die geschlossene Ehe nicht ungültig, zieht aber sowohl für den betreffenden Pfarrer, als für die Ehegatten kirchliche Censuren nach sich: c. vlt. §. vlt. X. *de Clandest. despons.* Doch kann auch entweder vom Aufgebote überhaupt, oder wenigstens von dem dreymaligen Dispensation erlangt werden.

Fünfte Abtheilung.

Von der Eheschließung in's Besondere.

§. 253.

In der katholischen Kirche.

Bis zur Tridentinischen Kirchenversammlung war für die Eheschließung keine kirchliche Form als nothwendige Bedingung ihrer Gültigkeit vorgeschrieben, weil die Kirche die sponsalia de

praesenti als ein matrimonium validum gelten ließ (§. 248.), aber das erwähnte Concilium setzte fest, daß als eine gültige Ehe nur diejenige betrachtet werden sollte, welche geschlossen worden wäre: per declarationem consensus matrimonialis coram parocho competente et duobus testibus: Sess. XXIV. c. 1. *de Reform. matrim.* Diese Form ist die wesentliche der katholischen Eheschließung und zu ihrer nähern Erläuterung sind noch folgende Grundsätze aus der Praxis der katholischen Kirche zu merken:

1) der Pfarrer und die Zeugen brauchen nicht in specie rogati zu seyn, sondern es reicht ihre bloß zufällige Gegenwart hin.

2) Hieraus geht von selbst hervor, daß die Eheschließung nicht an das Kirchengebäude gebunden ist, sondern an jedem beliebigen Orte und bey jeder Gelegenheit, so wie unter allen Umständen geschehen kann, z. B. in einer Gesellschaft, welche zu diesem Zwecke gar nicht versammelt war.

3) Der competente Pfarrer kann, wenn die Verlobten verschiedenen Kirchspielen angehören, eben so wohl der des Bräutigams, als der der Braut seyn.

4) Der Pfarrer selbst hat bey dieser wesentlichen Handlung nur zu hören und gegenwärtig zu seyn, aber nichts dabey zu thun, indem weder seine Zustimmung erforderlich, noch sein Widerspruch zu berücksichtigen ist.

5) Ist nun die Erklärung des Eheconsenses auf die beschriebene Weise erfolgt, so ist die Ehe ohne Widerspruch als gültig zu betrachten und bringt alle rechtliche Wirkungen in kirchlicher und bürgerlicher Hinsicht hervor, wenn sie nur überhaupt den Erfordernissen einer gültigen Ehe entspricht.

Von dieser wesentlichen Form der Eheschließung ist aber ein naturale derselben zu unterscheiden, welches in demselben Beschlusse des Tridentinischen Conciliums vorgeschrieben ist und unmittelbar auf die Erklärung des Eheconsenses folgen soll, nämlich die benedictio sacerdotalis, die priesterliche Einsegnung. Diese ist nämlich dergestalt festgesetzt, daß zwar der Pfarrer, welcher sie unterlassen hat, besonders bestraft wird, die Unterlassung selbst aber die Ehe keinesweges ungültig macht, was schon daraus hervorgeht, daß das canonische Recht die benedictio sacerdotalis bey Eingehung einer zweyten Ehe in der Regel verbietet: c. 3. X. *de Sec. nupt.*

Endlich ist noch zu bemerken, daß nach canonischem Rechte eine gültige Eheschließung auch durch einen bevollmächtigten Stellvertreter geschehen kann: c. vlt. *de Procuratorib. in VI.*, was heut zu Tage namentlich die souverainen Fürstenhäuser geltend machen.

§. 254.

In der evangelischen Kirche.

Nach den Gesetzgebungen oder doch nach den Gewohnheitsrechten der protestantischen Staaten ist als wesentliche Form der Eheschließung die benedictio sacerdotalis allgemein anerkannt, so daß sich die Erklärung des Eheconsenses von Seiten derjenigen Personen ganz von selbst versteht, welche sich, der Ehe halber, einsegnen lassen, ohne daß ein Schweigen der einen oder andern die Ehe ungültig macht. Zeugen sind bey der evangelischen Eheschließung nicht erforderlich, der Pfarrer aber muß competent seyn und kann, wenn die Verlobten verschiedenen Kirchspielen angehören, von diesen gewählt werden, obwohl manche Particularrechte dem Pfarrer der Braut das ausschließliche Recht zur Trauung einräumen. Der Ort der letztern soll das Kirchengebäude seyn, doch gilt durch Privilegium oder Dispensation ausnahmweise auch die Haustrauung.

Sechste Abtheilung.

Von den persönlichen Wirkungen der geschlossenen Ehe.

§. 255.

1. In Bezug auf die Ehegatten selbst.

In der katholischen Kirche ist die erste und wichtigste Wirkung der Ehe das Sacrament, woraus sich die vnitas carnis und animarum, so wie die Unauflöslichkeit des Ehebandes bey Lebzeiten des einen oder andern Ehegatten von selbst ergiebt. Die Protestanten erkennen zwar diese Wirkung nicht an, halten aber doch die Ehe für eine heilige Verbindung, die nur unter Auctorität der Kirche geknüpft und gelöst werden kann.

Diejenigen Wirkungen der Ehe aber, welche sich in beyden Kirchen auf die Personen (im Gegensatze des Vermögens) der Ehegatten

beziehen, werden zunächst mit den allgemeinen Ausdrücken: fides coniugalis s. mutuum adiutorium bezeichnet und sind einzeln folgende:

1) fides coniugalis im engern Sinne: die eheliche Treue, nämlich die heilige und unverbrüchliche Verpflichtung jedes Ehegatten, den Beyschlaf mit keiner dritten Person zu vollziehen: c. 18. C. *XXXII.* qu. 5. Die Verletzung dieser Pflicht wird Ehebruch im engern Sinne genannt und zieht in der katholischen Kirche die lebenslängliche Trennung von Tisch und Bette, bey den Protestanten aber die wirkliche Ehescheidung nach sich,

2) praestatio debiti coniugalis: die eheliche Beywohnung, deren mäßige und natürliche Vollziehung jeder Ehegatte mit vollkommenem Rechte von dem andern verlangen kann: c. 5. C. *XXXIII.* qu. 5., dafern dieser nicht durch körperliche Umstände davon abgehalten wird. Aus diesem Grunde ist nach geschlossener Ehe jedes votum castitatis minus sollemne ungültig, es möge vor eingegangener Ehe einseitig: c. 1. C. *XXXIII.* qu. 5. oder während derselben mit Zustimmung des andern Theiles geleistet worden seyn, wenn dieser dieselbe widerruft: c. 1. X. *de Conuers. coniug.* Ein anderes ist das matrimonium virginium, welches die Ehegatten unter vorhergehender, gegenseitiger Entsagung eingehen;

3) mutuum adiutorium im engern Sinne, welches zunächst die Ehegatten in ein völlig gleiches Verhältniß setzt, indem sie einander diejenige Fürsorge und Rücksicht schuldig sind, die man die eheliche Liebe nennt, für welche es freylich keine Rechtsregeln giebt, dann aber auch eigenthümliche Verpflichtungen für jeden Ehegatten hervorbringt, nämlich

a. der Ehemann ist verbunden, seiner Frau standesmäßige Alimente zu gewähren: L. 21. pr. D. *de Donat. inter vir. et vxor.* u. L. 22. §. 8. D. *Sol. matrim.*, sie in gerichtlichen und außergerichtlichen Angelegenheiten zu vertreten: L. 21. C. *de Procur.* und ihre Ehre zu schützen: L. 2. D. *de Iniur.* Aus diesem letztern Grunde kann er aber auch für seine Person aus einer Beleidigung klagen, welche seiner Frau zugefügt worden ist: L. 1. §. 3. D. *eod.*

b. die Ehefrau ist verpflichtet, ihrem Manne in allen erlaubten Dingen zu gehorchen: L. 14. in fin. D. *Sol. matrim.*, ihm an den von ihm gewählten Wohnort zu folgen: L. 65. in fin. D. *de Iudic.*, die häuslichen Angelegenheiten zu führen und ihm

in seinem Gewerbe beyzustehen, dafern nicht eine besondere Kunstfertigkeit dazu erforderlich ist: L. 31. pr. D. *de Donat. int. vir. et vxor.*

§. 256.

2. In Bezug auf die aus der Ehe erzeugten Kinder.

Die Kinder, welche während einer bestehenden Ehe zur gesetzlichen Zeit geboren werden, sind als eheliche zu präsumiren und stehen gleich von ihrer Geburt an unter väterlicher Gewalt. Für ehelich geborene werden aber auch diejenigen angesehen, welche aus einem matrimonium *putatiuum* erzeugt sind: matrimonium contra impedimentum, quod obstat, dirimens publicum, a coniugibus ignaris, sub forma legibus praescripta, contractum: c. 14. X. *Qui filii sint legit.* Eine solche vermeyntliche Ehe erfordert nicht, daß beyde Ehegatten sich im Irrthum befunden haben, sondern es reicht der Irrthum des einen oder andern hin, in welchem Falle dieser Theil völlig straflos ist.

Was hingegen die vor der Ehe erzeugten Kinder betrifft, so können durch die nachfolgende Ehe nach R. R. bekanntlich nur diejenigen Kinder legitimirt werden, welche aus dem Concubinate erzeugt sind, also liberi naturales: L. 5. C. *de Natural. lib.*, das canonische Recht hat aber die legitimatio per subsequens matrimonium auch auf die übrigen, unehelichen Kinder erstreckt: c. 6. X. *Qui filii sint legit.*, jedoch mit Ausnahme der liberi adulterini: ibid. und incestuosi, insoweit von dem verbotenen Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft nicht dispensirt werden kann. (S. unten die Lehre von der Legitimation.)

Siebente Abtheilung.

Von der Auflösung der Ehe.

§. 257.

Von der Auflösung der Ehe im Allgemeinen.

Die Ehe kann auf eine doppelte Weise aufhören: entweder durch den Tod, oder durch ein Urtheil des geistlichen Richters.

Was den Tod anlangt, so können auch noch nach demselben gewisse Wirkungen verbleiben, namentlich das Successionsrecht der Ehegatten, gewisse Rechte der Wittwe gegen die aus der Ehe erzeugten Kinder, so wie daß die Wittwe den Namen, Rang und Gerichtsstand ihres verstorbenen Ehemannes bis zu ihrer anderweiten Verheyrathung behält.

Das Urtheil des geistlichen Richters kann aber eine doppelte Wirkung hervorbringen: 1) annullatio und 2) diuortium. Jene setzt eine gleich anfangs ungültige, dieses eine gültige Ehe voraus. Das diuortium ist aber wieder doppelt, jenachdem es eine Trennung des ganzen Ehebandes, oder nur die Aufhebung des ehelichen Beysammenlebens bewirkt und wird daher entweder diuortium in specie oder separatio a thoro et mensa genannt. Das erstere kommt nur in der evangelischen Kirche vor, die letztere in beyden Kirchen, jedoch mit dem Unterschiede, daß dieselbe bey den Katholiken entweder perpetua oder temporaria, bey den Protestanten aber nur temporaria seyn kann.

§. 258.

I. Annullatio matrimonii.

Annullatio matrimonii (Annullirung der Ehe, Nichtigkeitserklärung): sententia iudicis ecclesiastici, quo matrimonium contractum propter impedimentum, quod obstat, dirimens pro non inito declaratur. Die Annullirung einer Ehe setzt stets ein vernichtendes Ehehinderniß voraus, es sey nun dasselbe ein öffentliches, welches der geistliche Richter ex officio berücksichtigen muß: c. 2. u. 6. X. *Qui matrim. accus.*, oder ein Privathinderniß, welches nur dann die Nichtigkeitserklärung nach sich zieht, wenn die betheiligte Person darauf anträgt: c. 4. X. *eod.* In diesem letztern Falle hat der Antragsteller den Beweis zu führen, zu welchem aber weder das Geständniß des andern Ehegatten als ausreichend betrachtet wird: c. 5. X. *de Eo, qui cognou.*, noch der Eidesantrag zulässig ist, weil in beyden Fällen eine Verabredung (Collusion) der Ehegatten gegen das Fortbestehen der Ehe Statt finden könnte, welche die Gesetze schlechthin verbieten: c. 11. X. *de Transact.* Doch können zum Beweise, daß zwischen den Ehegatten ein verbotener Grad der Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft existire, auch solche Personen als Zeugen auftreten, welche außerdem unzulässig oder verdächtig

wären, nämlich die nächsten Verwandten des einen oder andern Ehegatten: c. 3. X. *Qui matrim. accus.*

Durch die Annullirung gehen alle kirchliche und bürgerliche Wirkungen der Ehe ex tunc verloren, d. h. die Ehe wird für niemals geschlossen erklärt, so daß denn auch die aus derselben erzeugten Kinder als uneheliche angesehen werden, sie müßten denn in einem matrimonium putatiuum geboren seyn.

Wenn nun aber auch zwey Personen im Widerspruche mit einem impedimentum dirimens eine Ehe geschlossen haben, ohne vorher dispensirt worden zu seyn, so ist es ihnen demungeachtet nicht gestattet, ihre Ehe nach Willkühr aufzulösen, sondern sie müssen jedenfalls den Ausspruch des geistlichen Richters abwarten: c. 3. X. *de Diuort.* Doch versteht es sich von selbst, daß die Ehegatten von dem Augenblicke an, in welchem sie zur Kenntniß gelangen, daß ihrer Vereinigung ein verbotener Grad der Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft entgegenstehe, sich bey Strafe des Incestes der ehelichen Beywohnung enthalten müssen.

Endlich dürfte, wegen der allgemein verbreiteten Ansicht, daß in katholischer Kirche alle Ehen unauflöslich wären, die Bemerkung nicht überflüssig seyn, daß die Annullirung der Ehe gerade in der katholischen Kirche noch häufiger, als in der evangelischen vorkommt, weil die erstere keine eigentliche Ehescheidung kennt und auch ungleich mehr Ehehindernisse, namentlich in Hinsicht auf Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft, aufstellt, als in der evangelischen Kirche angenommen sind.

II. Diuortium:

1. Diuortium in specie.

§. 259.

a. Begriff.

Diuortium in specie (Ehescheidung im eigentlichen Sinne): dissolutio matrimonii validi, quoad vinculum, ex iusta caussa auctoritate iudicis ecclesiastici facta. Diese Art der Ehetrennung setzt stets eine an sich gültige Ehe voraus, welche aus später eintretenden Gründen wieder aufgelöst wird. Doch darf eine solche Auflösung, gleich der Annullirung, niemals von den Ehegatten selbst geschehen, sondern es ist auch hier der Ausspruch des geistlichen Richters unumgänglich nothwendig. Das diuortium

in specie ist, weil es das ganze Eheband dergestalt trennt, daß den geschiedenen Ehegatten die anderweite, gültige Verheyrathung möglich wird, eigentlich nur in der evangelischen Kirche denkbar, doch kennt auch die katholische zwey Fälle, in welchen die wirkliche Scheidung einer gültigen Ehe, mit denselben Wirkungen, wie bey den Protestanten, vorkommen kann, nämlich:

1) wenn das matrimonium zwar contractum, aber noch nicht consummatum ist und der eine Ehegatte Profeß leistet: c. 2. u. 14. X. *de Conuers. coniug.* (Vgl. §. 236.) und

2) wenn einer von zwey ungläubigen (nichtchristlichen) Ehegatten zur christlichen Kirche übertritt, der andere aber die Ehe nicht fortsetzen will. In diesem Falle kann der christliche Ehegatte geschieden werden und sich gültiger Weise anderweit verehelichen: c. 4. u. 7. C. *XXVIII.* qu. 1. u. c. 7. X. *de Diuort.* In diesem letztern Gesetze ist aber ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Ehescheidung keineswegs erfolgen dürfe, wenn der eine von zwey christlichen Ehegatten entweder sich der Ketzerey schuldig macht, oder zu einer andern, nicht christlichen Kirche übergeht.

§. 260.

b. Ehescheidungsgründe.

Daß das Eheband aus bestimmten Gründen gänzlich aufgelöst werden und der unschuldige Ehegatte sich gültiger Weise anderweit verheyrathen könne, hat bereits ein symbolisches Buch der evangelischen Kirche anerkannt: Art. Schmalc. *de Potest. episc.*, aber die Frage, aus welchen Gründen die Ehescheidung erfolgen dürfe, läßt sich nur aus den Particularrechten und aus dem Gerichtsbrauche der einzelnen protestantischen Staaten beantworten, wonach folgende sieben Ehescheidungsgründe angenommen werden können:

1) Adulterium, der älteste und von der ganzen evangelischen Kirche anerkannte Scheidungsgrund. Ehebruch, als Scheidungsgrund, ist aber jede Befriedigung des Geschlechtstriebes, welche nicht durch Ausübung des Beyschlafes mit dem Ehegatten geschieht. Der bloße Versuch des Ehebruchs (adulterium *attentatum*) bewirkt keine Scheidung, wohl aber der dringende Verdacht, daß unter gewissen Umständen ein Ehebruch Statt gefunden habe (adulterium *praesumtum*). Doch giebt es auch ausgenommene Fälle, in welchen der wirklich verübte Ehebruch kein Scheidungsgrund ist:

17

a. wenn der unschuldige Ehegatte dem schuldigen entweder ausdrücklich oder stillschweigend verziehen hat. Eine stillschweigende Verzeihung nimmt man an, wenn der unschuldige Ehegatte, trotz der Wissenschaft, welche er von dem Ehebruche des andern hatte, diesem wieder ehelich beygewohnt hat. Hier tritt eine praesumtio iuris et de iure ein, welche den Beweis des Gegentheils ausschließt (§. 116.),

b. wenn beyde Ehegatten sich dieses Verbrechens schuldig gemacht haben, also zwischen ihnen eine Compensation Platz ergreift und

c. wenn der eine Ehegatte dem andern absichtlich Gelegenheit oder Veranlassung zum Ehebruche gegeben hat, wohin besonders das lenocinium qualificatum von Seiten des Ehemannes gehört, welcher seine Frau, des Gewinnes halber, einem Andern überläßt.

Keineswegs kann aber zu diesen ausgenommenen Fällen die von der Ehefrau erlittene Nothzucht gerechnet werden, denn diese ist kein Ehebruch, sondern ein Unglück, welches der Ehemann tragen muß.

2) Insidiae vitae structae. Diese brauchen nicht allemal wirkliche Nachstellungen nach dem Leben zu seyn, sondern es sind darunter auch alle lebensgefährliche Mißhandlungen zu verstehen, nämlich solche absichtliche Handlungen des einen Ehegatten, welche den Tod des andern hätten herbeyführen können. Hier giebt es keine Regeln, sondern die vorkommenden Fälle sind lediglich in concreto von dem geistlichen Richter zu beurtheilen.

3) Vera desertio: die wirkliche Entweichung (bösliche Verlassung) des schuldigen Ehegatten, welche dergestalt geschieht, daß der Aufenthaltsort des Entwichenen gänzlich unbekannt ist. Hier klagt der verlassene Ehegatte auf Ehescheidung, welche jedoch nicht eher Statt finden kann, als nach dem sogenannten Desertionsprocesse, nämlich wenn eine dreymalige von dem geistlichen Richter zu erlassende Edictal-Ladung des abwesenden Ehegatten ohne Erfolg geblieben ist.

4) Quasidesertio s. praefracta debiti coniugalis denegatio. Diese ist dann vorhanden, wenn der schuldige Ehegatte, er möge nun abwesend oder gegenwärtig seyn, die Erfüllung seiner ehelichen Pflichten verweigert, jedoch muß auch im erstern Falle der Ort, wo er sich aufhält, bekannt seyn. Hier klagt der unschuldige Ehe-

gatte nicht auf Trennung, sondern auf Fortsetzung der Ehe und erst dann, wenn der verweigernde zu dieser Fortsetzung weder durch Geld- noch Gefängnißstrafe hat bewogen werden können, wird vom geistlichen Richter die Scheidung ausgesprochen.

5) Eine vier- oder mehrjährige Zuchthausstrafe, dafern der Ehegatte sie wirklich verbüßen muß. Der Grund ist hier nicht in der Verletzung der Ehrenrechte, sondern darin zu suchen, daß das consortium vitae auf eine allzu lange Zeit unterbrochen wird.

6) Unheilbarer Wahnsinn und

7) ein unheilbares, körperliches Uebel, welches dem andern Ehegatten oder der Posterität hinsichtlich des Lebens oder der Gesundheit gefährlich werden kann.

§. 261.

2. Separatio a thoro et mensa.

Separatio a thoro et mensa (Scheidung von Tisch und Bette): dissolutio matrimonii validi quoad mutuum adiutorium, ex iusta caussa, auctoritate iudicis ecclesiastici facta. Diese löst das Band der Ehe nicht, sondern gestattet nur den Ehegatten, entweder für immer, oder auf eine gewisse Zeit, abgesondert von einander zu leben. Die lebenslängliche Separation (separatio perpetua) ist nur der katholischen Kirche bekannt, wo sie jedoch bloß aus einem einzigen Grunde, nämlich dem des Ehebruchs, verfügt wird: c. 6. C. *XXXII.* qu. 7. und Concil. Trid. Sess. XXIV. c. 7. *de Sacram. matrim.* In diesen Gesetzen ist aber ausdrücklich verordnet, daß auch der unschuldige Ehegatte bey Lebzeiten des andern sich nicht wieder verheyrathen darf. Der Abfall zur Ketzerey (fornicatio spiritualis), welche manche Rechtslehrer ebenfalls für einen Grund der lebenslänglichen Scheidung von Tisch und Bette halten, kann nur eine separatio *temporaria* bewirken, weil der unschuldige Ehegatte verbunden ist, den schuldigen wieder aufzunehmen, wenn dieser sich auf's Neue zu den Glaubenssätzen der katholischen Kirche gewendet hat: c. 6. X. *de Diuort.*

Die separatio temporaria kommt aber in beyden Kirchen vor und kann nur aus bestimmten Gründen erfolgen, deren Beurtheilung dem geistlichen Richter überlassen ist. Der Gerichtsbrauch rechnet vornehmlich folgende hierher:

17*

1) Saevitiae: Thätlichkeiten, im Gegensatze der lebensgefährlichen Mißhandlungen,

2) Inimicitia indelebilis: Verbitterung der Gemüther,

3) in der protestantischen Kirche: eine auf gänzliche Scheidung gerichtete, aber noch nicht bewiesene Klage, in welchem Falle, besonders wenn die Klage auf lebensgefährlichen Mißhandlungen beruht, dem klagenden Ehegatten aus Vorsicht das abgesonderte Leben gestattet wird und

4) eine vorübergehende Krankheit, welche aber der Gesundheit des andern Ehegatten Gefahr droht.

Die vera und quasidesertio können hier deshalb nicht in Frage kommen, weil beyde schon eine factische Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft enthalten.

Was aber endlich die Wirkung der Scheidung von Tisch und Bette betrifft, so besteht sie darin, daß während ihrer Dauer das Beysammenleben der Ehegatten aufhört, dahingegen das Band der Ehe als fortbestehend angesehen wird. Hieraus geht hervor:

1) daß der Ehemann nach wie vor verbunden bleibt, seiner Ehefrau Alimente zu reichen, welche gewöhnlich vom geistlichen Richter im Scheidungs-Urthel mit bestimmt werden und sich nach Stand und Vermögen des Ehemannes richten.

2) Dafür bleibt aber auch der Ehemann im Besitze des Eingebrachten und genießt alle frühere Rechte an demselben.

3) Die Ehefrau behält den Namen, Rang und Gerichtsstand des Mannes.

4) Die Ehegatten bleiben einander während der Scheidung von Tisch und Bette zur ehelichen Treue verbunden, deren Verletzung auch während dieser Zeit ein wirklicher Ehebruch ist und

5) nach dem Tode des einen oder andern Ehegatten tritt die Succession ohne Hinderniß ein.

§. 262.

Ueber die zweyte Ehe nach canonischem Rechte.

Heut zu Tage fällt das odium secundarum nuptiarum, welches sowohl das R. R. in Hinsicht auf das Vermögen der Ehegatten, als auch das ältere canonische wegen der Bußen hegte, die

einem bigamus auferlegt wurden: c. 8. C. *XXXI.* qu. 1., gänzlich hinweg, vielmehr steht es einem Jeden ohne Nachtheil frey, zur zweyten oder überhaupt nachfolgenden Ehe überzugehen, dafern dieß nur nicht innerhalb der Trauerzeit geschieht. Hierbey wird aber vorausgesetzt, daß das Band der frühern Ehe gänzlich aufgelöst sey, was in der katholischen Kirche nur durch den Tod und in den beyden besondern, oben (§. 259.) angeführten Fällen, in der evangelischen aber auch durch wirkliche Ehescheidung geschehen kann. — Von der Annullirung ist hier gar nicht die Rede, weil eine annullirte Ehe niemals eine Ehe gewesen ist, mithin die gültige Ehe, welche nach der Annullirung der eine oder andere Theil eingeht, als die erste betrachtet werden muß.— Wenn aber ein Ehegatte behauptet, daß seine gültige Ehe durch den Tod aufgelöst worden sey, so muß er stets den Beweis des erfolgten Todes führen, zu welchem es keinesweges hinreicht, daß der andere Ehegatte schon eine geraume Zeit abwesend oder in Gefangenschaft gerathen sey: c. 19. X. *de Sponsal.* Doch treten heut zu Tage in einem solchen Falle die Grundsätze des weltlichen Rechts über die Todeserklärung ein, nach welcher eine anderweite Verheyrathung gestattet wird. Sollte aber später der mögliche Fall eintreten, daß der todtgeglaubte Ehegatte zurückkehrt, so wird, wenn auch der letztere nicht darauf anträgt, die zweyte Ehe annullirt und als matrimonium putatiuum angesehen.

Eine besondere Verordnung des canonischen Rechts über die Form, unter welcher eine zweyte Ehe eingegangen werden soll, ist in dem c. 1. u. 3. X. *de Seq. nupt.* enthalten. Nach Vorschrift dieser beyden Gesetze muß bey Eingehung der zweyten Ehe die benedictio sacerdotalis in der Regel unterbleiben, was aber natürlich nicht von der declaratio consensus matrimonialis coram parocho competente et duobus testibus, als der wesentlichen Form der katholischen Eheschließung, zu verstehen ist. Jenes Verbot ist aber so ernstlich gemeynt, daß der Pfarrer, welcher eine zweyte Ehe eingesegnet hat, mit Entsetzung von Amt und Pfründe bestraft wird: c. 1. *cit.* Der Grund dieses seltsam scheinenden Gesetzes ist wohl früher die Mißbilligung der zweyten Ehe überhaupt gewesen, später aber auf einen andern Umstand, nämlich auf die Nothwendigkeit, die zwecklose Wiederholung heiliger Handlungen zu vermeiden, gestellt worden, wie sich aus dem c. 3. *cit.* klar ergiebt, wo die Worte: „quia, quum alia vice benedicti sint, eorum benedictio iterari non debet", folgendes Resultat gewähren: die-

jenige Person, welche schon einmal zur Ehe eingesegnet worden ist, kann eine solche Benediction nie wieder, also auch nicht bey Eingehung einer zweyten Ehe empfangen, vielmehr theilt sie im letztern Falle ihrem zweyten Ehegatten, welcher noch nicht verheyrathet gewesen war, ohne daß dieser besonders eingesegnet wird, die Kraft der Benediction durch das neu geschlossene Ehebündniß mit. Ist aber in dieser zweyten Ehe derjenige Ehegatte, welcher bey Eingehung seiner ersten Ehe die benedictio sacerdotalis empfangen hatte, mit Tode abgegangen und der überlebende, welcher noch in keiner frühern Ehe gelebt hatte, will sich mit einer andern Person verheyrathen, die bis jetzt ledig gewesen ist, so muß allerdings auch bey Eingehung dieser zweyten Ehe die priesterliche Einsegnung Platz ergreifen, weil noch keiner von beyden Theilen dieselbe empfangen hat.

Endlich ist es keinem Zweifel unterworfen, daß, wenn in der protestantischen Kirche zwey geschiedene Ehegatten sich wieder heyrathen wollen, die Trauung wiederholt werden muß.

Achte Abtheilung.

Von den Vermögensrechten der Ehegatten.

Erster Artikel.

Grundbegriffe.

§. 263.

Einleitung.

Alle Rechte der Ehegatten, welche das Vermögen derselben, im Gegensatze ihrer Personen, betreffen, werden nach weltlichen Gesetzen und von dem weltlichen Richter beurtheilt. Es ist jedoch bey dieser Lehre zu bemerken, daß hier die Anwendung des R. R. nicht so vorherrschend, als in andern Rechts-Disciplinen ist, weil sich die Particularrechte in Hinsicht auf das Vermögen der Ehegatten mehr unter dem Einflusse des einheimischen, deutschen Rechts gebildet haben, weshalb auch dieses letztere bey Aufstellung der Grundbegriffe, um diese desto deutlicher hervorzuheben, mit berührt werden soll. Doch versteht es sich von selbst, daß das R. R., wie es in den Lehrbegriff der Pandekten gehört, da, wo es an einheimischen Sanctionen fehlt und wo es

die Natur des deutschen Rechtsinstitutes zuläßt, zur Anwendung kommen und immer die erste und allgemeine Grundlage bilden muß.

Die Hauptbegriffe aber, auf welchen die Lehre von den Vermögensrechten der Ehegatten beruht, sind folgende vier: 1) dos, 2) bona paraphernalia, 3) bona receptitia und 4) donatio propter nuptias.

§. 264.

1. Dos.

Dos s. *bona dotalia* (Mitgift, Heyrathsgut, Aussteuer, Brautschatz, Brautgabe, Mitgabe) ist:

1) nach R. R.: complexus bonorum ab vxore vel eius nomine *ad ferenda matrimonii onera* marito illatorum: L. 7. D. *de Iure dot.*

2) nach deutschem Rechte: complexus bonorum ab vxore vel eius nomine ad ferenda matrimonii onera vel *ante* nuptias contractas, vel *statim initio* ipsarum marito illatorum.

Beyde Begriffe kommen darin überein, daß die dos zur Erleichterung der ehelichen Lasten eingebracht wird, und zwar von der Ehefrau, obwohl auch ein Anderer sie in Rücksicht und zum Besten der letztern bestellen kann, sie unterscheiden sich aber dadurch, daß a. die römische dos zu jeder Zeit, also auch während der Ehe, die deutsche hingegen bloß vor oder gleich zu Anfang derselben eingebracht werden kann und b. dem römischen Ehemanne eine Art des Eigenthums, dem deutschen aber nur der Nießbrauch und die Verwaltung daran zusteht.

Der Unterschied, welchen manche Juristen zwischen der dos (Mitgift) und dem adparatus s. instructus muliebris (der Aussteuer oder Ausstattung) annehmen, indem sie unter dem letztern bloß den Inbegriff derjenigen beweglichen Sachen verstehen, welche zur Einrichtung der Wirthschaft gehören, ist unstatthaft, weil die Aussteuer nur als Bestandtheil der Mitgift betrachtet werden kann und dem Ehemanne dieselben Rechte daran zustehen.

Nach einer anerkannten Rechts-Präsumtion wird endlich Alles, was sich in der Gewalt und in dem Besitze des Ehemannes befindet, für dessen Vermögen gehalten, weshalb denn die Ehefrau stets den Beweis ihres Einbringens zu führen hat: arg. L. 51. D. *de Donat. int. vir. et vx.*

§. 265.

2. Bona paraphernalia.

Dieses Wort kommt von den griechischen Wörtern παρὰ (praeter) und φερνὴ (dos). Daher sind bona paraphernalia:

1) nach R. R.: omnia bona, quae vxor *praeter dotem* habet: L. 9. §. 3. D. *de Iure dot.* — An diesen Gütern stehen dem Ehemanne kraft des Gesetzes selbst gar keine Rechte zu, sondern die, welche er daran ausübt, hat er nur der ausdrücklichen Bewilligung seiner Ehefrau zu verdanken: L. 8. C. *de Pact. conuent.* Die Paraphernalien bleiben also nach R. R. auch während der Ehe der völlig freyen Disposition der Ehefrau unterworfen, welcher es jedoch unbenommen bleibt, dem Ehemanne gewisse, einzelne Rechte, z. B. den Nießbrauch, daran einzuräumen, nur dürfen diese Rechte nicht dieselben seyn, welche ihm an der dos zustehen, weil dann die Paraphernalien in eine wirkliche Mitgift verwandelt würden. Hingegen

2) nach deutschem Rechte sind bona paraphernalia: omnia bona, quae vxor durante matrimonio adquisiuit. Hier tritt ein ganz anderes Verhältniß ein, weil dem deutschen Ehemanne an allen Gütern seiner Ehefrau, welche sich diese nicht vor der Eheschließung besonders vorbehalten hat, das Recht des Nießbrauchs und der Verwaltung zusteht. Wenn also die Ehefrau während der Ehe noch neue Güter erwirbt, so hat der Mann auch an diesen die erwähnten Rechte und der Unterschied besteht nur darin, daß die Ehefrau nach aufgelöster Ehe nur wegen der dos, nicht aber wegen der Paraphernalien ein privilegirtes Zurückforderungsrecht hat.

§. 266.

3. Bona receptitia.

Dieser Begriff kam schon im alten R. R. in Hinsicht auf die nuptias sollemnes (strenge Ehe) vor, durch welche eine successio vniuersalis des Ehemannes in das gesammte Vermögen seiner Frau begründet wurde, dafern diese sich nicht schon vor der Eheschließung gewisse Güter zu ihrer freyen Verfügung vorbehalten hatte. Diese vorbehaltenen Güter aber wurden bona receptitia genannt. In den neuern Zeiten hingegen sind bona receptitia:

1) nach R. R.: bona paraphernalia, in quibus vxor marito nullam facultatem concessit, quum tamen in aliis paraphernalibus aliquod ius ipsi tribuerit: L. 8. C. *de Pact. conuent.* in Verbindung mit L. 9. §. 3. D. *de Iure dot.* — Die bona receptitia des neuern R. R. setzen voraus: a. daß die Ehefrau außer ihrer eingebrachten dos noch andere Güter besitze (bona paraphernalia) und b. daß sie an einigen dieser Güter, aber nicht an allen, dem Ehemanne gewisse Rechte eingeräumt habe, welche jedoch nicht den Umfang haben wie die, die er an der dos genießt. Unter diesen Voraussetzungen werden nun diejenigen, übrigen Paraphernalien, an welchen die Frau dem Manne keine Rechte zugestanden hat, bona receptitia genannt und diese sind natürlich, weil sie die reine Natur der Paraphernalien behalten, der freyen Verfügung der Ehefrau unterworfen. — Mit den beschriebenen bonis receptitiis darf aber nicht die *dos* receptitia verwechselt werden, welche ein Dritter unter dem Vorbehalte bestellt hat, daß sie nach aufgelöster Ehe ihm wieder zufallen solle: L. 31. §. 2. D. *de Mort. caus. donat.*

2) Aber nach deutschem Rechte sind *bona receptitia*: bona, quae vxor ante nuptias contractas propriae dispositioni reseruauit. Diese kommen mit dem Begriffe des R. R. insofern überein, als der deutsche Ehemann eben so, wie der römische, von solchen Gütern gänzlich ausgeschlossen ist, unterscheiden sich aber dadurch, daß die bona receptitia des R. R. keines Vorbehaltes bedürfen, indem ihr Begriff von selbst entsteht, wenn die Ehefrau ihrem Manne an gewissen Paraphernalien bestimmte Rechte einräumt, dahingegen die des deutschen Rechtes nicht ohne einen ausdrücklichen Vorbehalt gedacht werden können.

§. 267.

4. Donatio propter nuptias.

Donatio propter nuptias s. *ante nuptias* s. *antipherna* ist

1) nach R. R.: complexus bonorum a marito vxori in securitatem dotis constitutorum: L. 20. C. *de Donat. ante nupt.*

2) nach deutschem Rechte: complexus bonorum, quae maritus vxori in casum viduitatis propter vitae sustentationem adsignat: Witthum, Leibgedinge, Morgengabe im weitern Sinne.

Diese beyden Begriffe haben nichts mit einander gemein, als

das Merkmal, daß die Ehefrau die ihr an der donatio propter nuptias zustehenden Rechte während der Ehe eben so wenig ausüben kann, als die, welche sie an ihrer Mitgift hat. Wohl aber sind zwischen beyden folgende Unterschiede zu merken:

a. der Zweck ist nach R. R. die Sicherheit der Mitgift, nach deutschem aber der anständige Lebensunterhalt der Wittwe;

b. aus diesem Grunde ist die donatio propter nuptias nach R. R. necessitatis, d. h. sie muß bestellt werden, wenn eine dos inferirt ist: Nou. 74. c. 4., die deutsche hingegen liberalitatis, indem es von der Willkühr des Ehemannes abhängt, ob er eine Wittwenversorgung aussetzen will, oder nicht;

c. die römische donatio propter nuptias kann nur dann vorkommen, wenn eine dos eingebracht worden ist, die deutsche aber auch ganz unabhängig von derselben bestehen, dergestalt, daß auch einer solchen Ehefrau ein Witthum bestellt werden kann, welche gar nichts eingebracht hat und, was hieraus von selbst hervorgeht:

d. die römische donatio propter nuptias muß an Quantität der Mitgift gleich kommen: §. 3. Inst. *de Donat.* und Nou. 97. c. 1. u. 2., was jedoch bey der deutschen, wenn auch eine dos eingebracht worden war, keinesweges erfordert wird.

§. 268.

Ueber den Zweck der Sicherheit nach R. R.

Der wesentliche Zweck der donatio propter nuptias ist nach R. R. die securitas dotis: L. 29. C. *de Iure dot.* Diese erfordert, daß der Ehemann, ehe er in den Besitz des Eingebrachten kommen kann, gewisse Güter, welcher Art sie auch seyn mögen, der Ehefrau anweise, damit diese sich daran halten könne, wenn ihre Mitgift durch die Schuld des Ehemannes ganz oder zum Theil verloren gehen sollte. Nun wird aber die Sicherheit der Ehefrau nicht dadurch bewirkt, daß die betreffenden Güter in ihren Besitz kommen: L. 29. *cit.*, denn dieß würde einen zwecklosen Tausch mit den Gütern der Ehegatten herbeyführen und den Nutzen aufheben, welchen der Ehemann aus der Mitgift verlangen kann, sondern dadurch, daß a. wenn die donatio propter nuptias ganz oder zum Theil in Grundstücken besteht, diese während der Ehe, selbst mit Zustimmung der Frau, weder verkauft, noch verpfändet werden dürfen: Nou. 61. c. 1., b. sowohl diese

Grundstücke, als die beweglichen Gegenstände nach aufgelöster Ehe von der Frau oder deren Erben durch die rei vindicatio von jedem dritten Besitzer derselben zurückgefordert werden können: L. 20. u. 29. C. *eod.* und c. der Ehefrau auch noch überdem wegen der donatio propter nuptias ein allgemeines, stillschweigendes Pfandrecht an dem gesammten, übrigen Vermögen des Ehemannes zusteht: Nou. 61. c. 1. u. Nou. 109. c. 1.

§. 269.

Nebenzwecke der donatio propter nuptias nach römischem und deutschem Rechte.

Obwohl nun der wesentliche Zweck der donatio propter nuptias nach R. R. die securitas dotis, nach deutschem hingegen die sustentatio viduae ist, so kann doch dieselbe nach beyden Rechten auch gewisse Nebenzwecke verfolgen, welche nur unter bestimmten Voraussetzungen eintreten. Diese sind: nach R. R. die compensatio, nach deutschem: das augmentum dotis.

1) Die compensatio wird häufig in die Definition der Röm. donatio propter nuptias aufgenommen, aber mit Unrecht, weil sie stets ein pactum dotale (eine Ehestiftung) voraussetzt, mithin nicht zum Begriffe gehört. Die compensatio findet nämlich dann Statt, wenn zwischen den Ehegatten ein Vertrag des Inhaltes geschlossen worden ist, daß die inferirte dos, dafern die Ehe durch den Tod der Ehefrau aufgelöst würde, dem Ehemanne zufallen sollte, nun aber der entgegengesetzte Fall eintritt und die Ehe durch des Mannes Tod aufgelöst wird. In diesem Falle bekommt die Ehefrau nicht nur ihre dos zurück, sondern kann auch, außer derselben, noch auf die donatio propter nuptias Anspruch machen, wenn auch der eingetretene Fall in jener Ehestiftung nicht berücksichtigt war, und so spricht hier die Compensation nur den Grundsatz aus: „was Einem recht ist, ist dem Andern billig." Vgl. L. 9. u. 10. C. *de Pact. conuent.* L. 20. pr. C. *de Donat. ante nupt.* u. Nou. 22. c. 20. pr.

2) Das augmentum dotis nach deutschem Rechte wird Widerlage genannt und setzt stets voraus, daß dem Ehemanne eine dos eingebracht worden sey. Hier verordnet nun der Ehemann entweder durch Vertrag, oder durch letzten Willen, daß nach seinem Tode die Ehefrau, außer ihrer dos, noch einen bestimmten Theil seines eigenen Vermögens als reinen Gewinn empfangen

solle, wodurch denn Das, was sie nach dem Tode des Mannes eigentlich zu fordern gehabt hätte, nämlich die dos, vergrößert oder vermehrt wird.

Zweyter Artikel.

Von der Dos in's Besondere.

I. Eintheilungen.

§. 270.

1. In dotem datam, dictam und promissam.

Diese Eintheilung kommt zwar im heutigen R. R. nicht mehr vor, steht aber mit einer heutigen in genauer Verbindung, weshalb sie hier nicht übergangen werden kann. Die dos *data* war die unter gewissen Feyerlichkeiten übergebene, die dos *promissa* nur erst versprochen. Da aber nach altem R. R. aus einem bloßen Versprechen keine Klage angestellt werden konnte, so pflegte die dotis promissio in die Form einer stipulatio eingekleidet zu werden, aus welcher dann die actio ex stipulatu hervorgieng.

Die dos *dicta* aber wurde durch einen für sich bestehenden Verbalcontrakt begründet, welcher dotis dictio hieß und nur von solchen Personen eingegangen werden konnte, die zur Bestellung einer dos gesetzlich verbunden waren, nämlich vom Vater oder von den väterlichen Abscendenten. Auch bedurfte die dotis dictio keiner Acceptation. Obwohl nun dieser Verbalcontrakt im Justinianeischen Rechte nicht mehr vorkommt, so ist doch der Begriff der dos dicta noch heut zu Tage unter dem Namen der dos necessaria vorhanden.

§. 271.

2. In dotem necessariam und voluntariam.

Dos necessaria: ad quam constituendam certae personae compelli possunt.

Dos voluntaria: cuius constitutio a libero constituentis arbitrio pendet.

In der Regel ist jede dos als voluntaria zu betrachten, weil die Bestellung derselben das Vermögen des Constituenten vermin-

dert, doch sind gewisse Personen von den Gesetzen ausgezeichnet worden, welche eine Verpflichtung dazu haben:

1) der Vater und in dessen Ermangelung die väterlichen Adscendenten: L. 19. D. *de Ritu nupt.* und L. vlt. C. *de Dot. prom.* Doch wird hier vorausgesetzt, daß die Tochter kein eigenes Vermögen besitze: arg. L. vlt. *cit.* In dieser Gesetzstelle heißt es nämlich, daß, wenn der Vater seiner Tochter, welche eigenes Vermögen besitzt, eine Mitgift bestellt habe, ohne dabey etwas Näheres festzusetzen (*simpliciter* constituit), man annehmen müsse, daß er dieß nicht aus dem Vermögen der Tochter, sondern aus dem seinigen (ex liberalitate) bewerkstelligt habe. Hieraus läßt sich schließen, daß der Vater in dem gedachten Falle freywillig handeln kann. Ob aber die Tochter oder Enkelin noch in der väterlichen Gewalt stehe, oder nicht, kommt bey der dos necessaria nicht in Betracht: L. 5. §. 11. D. *de Iure dot.*

2) die Mutter (nicht aber die mütterlichen Adscendenten):

a. in subsidium: wenn weder die Tochter, noch die väterlichen Adscendenten in der Lage sind, eine Mitgist zu bestellen, die Mutter aber dieses vermag: L. 14. C. *de Iure dot.* So muß man wenigstens die Worte: „ex magna et probabili caussa" verstehen und

b. in poenam: wenn die Mutter zur Ketzerey abgefallen, die Tochter aber beym wahren Glauben verblieben ist: L. 19. §. 1. C. *de Haeret. et manich.*

3) der Bruder, insofern er mit seiner Schwester denselben Vater hat und diese kein eigenes Vermögen besitzt: arg. L. 12. §. 3. D. *de Administr. et peric. tutor.* Hier heißt es nämlich, daß ein Vormund nicht ermächtigt sey, aus dem Vermögen des Pupillen der dürftigen Schwester desselben, die mit ihm nicht denselben Vater habe (alio patre natae), eine Mitgift zu bestellen. Aus diesen Worten geht von selbst hervor, daß, wenn der Pupill mit seiner Schwester denselben Vater hat, der Vormund kraft seines Amtes eine Mitgift bestellen kann, mithin die Verbindlichkeit des Bruders in dem gedachten Falle gesetzlich anerkannt ist. Endlich ist nach canonischem Rechte auch noch

4) der stuprator verbunden, die stuprata auszustatten und zu heyrathen: c. 1. X. *de Adult. et stupro.* Aus den Worten dieses Gesetzes: „dotabit eam et habebit vxorem" hat aber die

Praxis eine Alternative gemacht, die sich wohl auf die Schlußworte des angeführten Gesetzes gründet.

Die Frau selbst ist aber, wenn sie auch Vermögen besitzt, zur Bestellung einer Mitgift keineswegs verbunden: arg. L. 1. C. *de Dot. prom.* Hier wird nämlich eine Klage nur auf den Fall gestattet, daß eine bestimmte Sache oder Quantität versprochen worden sey, also ein pactum dotale vorausgesetzt. Eine Ausnahme stellt das R. R. in der L. VII. §. 1. C. *de Raptu virg.* auf, nach deren richtigem Verständnisse eine ledige mulier ingenua, gegen welche das Verbrechen der Entführung begangen worden war und welche sich nun mit einem andern Manne, als dem Entführer verheyrathet, verbunden ist, ihrem Ehemanne dasjenige Vermögen als Mitgift einzubringen, welches ihr der Entführer zur Strafe seines Verbrechens hat abtreten müssen. Wollte man diese Verbindlichkeit der Ehefrau wegen der Worte: „vel quantas ex his voluerint“ in Zweifel ziehen, so wird diesem durch die gleich darauf folgenden: „siue maritum nolentes accipere“ sattsam begegnet.

§. 272.

3. In dotem profectitiam und aduentitiam.

Dos profectitia: quae a patre, vel adscendente paterno eorumue nomine constituta est.

Dos aduentitia: quae vel ab ipsa vxore, vel ab alia persona, praeterquam adscendente paterno, constituta est.

Die dos profectitia kann nach dem gegebenen Begriffe von dreyerley Personen herrühren: 1) vom Vater der Ehefrau, 2) von entferntern väterlichen Adscendenten und 3) von andern Personen, welche entweder im Auftrage der väterlichen Adscendenten, oder aus Rücksicht und Freundschaft für diese eine Mitgift bestellen: L. 5. pr. u. §. 1. u. 2. D. *de Iure dot.* Wenn aber ein Dritter dem Vater irgend einen Gegenstand oder eine Quantität unter der Verfügung übergiebt oder verspricht, daß er dieselben seiner Tochter zur Mitgift bestellen solle, so ist diese keine dos profectitia, sondern aduentitia: L. 5. cit. §. 9. — Der Begriff der dos profectitia bleibt derselbe, es möge die Tochter in väterlicher Gewalt seyn, oder nicht: L. 5. *cit.* §. 11.

Die dos *aduentitia* kann bestellt werden: 1) von der Frau selbst, 2) von der Mutter derselben, 3) von entferntern mütterlichen Adscendenten, 4) von Seitenverwandten und 5) von jeder

nicht zur Familie der Ehefrau gehörigen Person: L. 5. *cit.* §. 9—14.

Die dos profectitia unterscheidet sich aber in Bezug auf ihre rechtliche Natur von der dos aduentitia dadurch, daß **jene** nach aufgelöster Ehe ipso iure an den Constituenten zurückfällt, **diese** aber der Ehefrau, oder deren Erben verbleibt: L. vn. §. 6. C. *de Rei vxor. act.*, es müßte sich denn der Constituent den Rückfall ausdrücklich vorbehalten haben, in welchem Falle der Begriff der dos *receptitia* entsteht: L. 31. §. 2. D. *de Mort. caus. donat.*

Endlich ist noch zu untersuchen, welcher Unterschied zwischen der dos profectitia und necessaria Statt finde? Dieser ist, wie sich aus den oben aufgestellten Sätzen ergiebt, doppelt: 1) die dos profectitia ist nicht allemal necessaria, wie z. B. wenn die Tochter eigenes Vermögen besitzt, der Vater ihr aber dennoch eine Mitgift bestellt und 2) die dos necessaria ist nicht allemal profectitia, was sich z. B. in dem Falle zeigt, daß die Mutter gezwungen wird, ihrer Tochter eine Mitgift zu bestellen.

II. Von den verschiedenen Arten, auf welche die dos bestellt werden kann.

§. 273.

Uebersicht.

Constitutio dotis (Bestellung der Mitgift): actus, quo quis ius alicui in dotem tribuit. Man hat sich also hierunter jede Handlung zu denken, durch welche Jemand einem Andern das Recht auf eine Mitgift einräumt. Diese Handlung kann aber auf eine doppelte Weise vorgenommen werden, nämlich entweder inter viuos, oder mortis caussa. Unter **Lebenden** kann die dos auf einem dreyfachen Wege bestellt werden: 1) lege ipsa und hierdurch entsteht die dos necessaria, von welcher bereits oben (§. 271.) die Rede gewesen ist, 2) promissione und 3) illatione. Auf den **Todesfall** aber kann die dos in einem minder feyerlichen, letzten Willen (vltima voluntas minus sollemnis) ihren Ursprung haben.

§. 274.

Von den einzelnen Bestellungsarten:

1. promissio dotis.

Promissio dotis: pactum legitimum, quo quis ad illationem dotis se obligat. Diese ist deshalb ein pactum legitimum, weil sie erst durch das neuere R. R. eingeführt worden ist: L. 6. C. *de Dot. prom.*, wogegen sie nach altem Rechte entweder in die Form der stipulatio, oder in die der dotis dictio eingekleidet werden mußte. Von andern Verträgen weicht sie dadurch ab, daß sie keiner Acceptation bedarf, mithin schon aus dem einseitigen Versprechen eine Kläge erhoben werden kann, weshalb sie denn zu den pollicitationibus gehört: L. 6. *cit.* In der Regel kann sie jedoch nicht anders eine rechtliche Wirkung haben, als wenn sie auf einen bestimmten Gegenstand (species) oder auf eine bestimmte Quantität (z. B. an Gelde) gerichtet ist, weil das Versprechen außerdem, als ein zu allgemeines, zu keinem Resultate führen würde: L. 1. C. *de Dot. prom.* Doch giebt es von dieser Regel auch eine Ausnahme. Wenn nämlich die dotis promissio vom Vater oder väterlichen Adscendenten geschehen ist, so brauchen diese den Gegenstand oder die Quantität der Mitgift nicht genau angegeben zu haben, weil, nöthigen Falles, die zu verabreichende Summe nach richterlichem Ermessen festgestellt wird: L. 69. §. 4. D. *de Iure dot.*

Durch die dotis promissio erwirbt aber der Ehemann ein doppeltes Recht: 1) ein dingliches, nämlich ein stillschweigendes Unterpfandrecht an dem Gesammtvermögen des promissor, kraft dessen er die actio hypothecaria gegen jeden dritten Besitzer hinsichtlich derjenigen Sachen anstellen kann, welche sich zur Zeit der dotis promissio noch in dem Vermögen des promissor befunden haben: L. VII. §. 1. C. *de Rei vxor. act.* und 2) ein persönliches, kraft dessen der Ehemann die condictio ex lege 6. C. *de Dot. prom.* gegen den promissor erhebt und in gewissen Fällen nicht nur das versprochene Heyrathsgut selbst, sondern auch Zinsen verlangt. Die vsurae nämlich, welche hier vorkommen können, sind entweder promissae (versprochene) oder morae (Verzugszinsen).

1) Vsurae promissae können gefordert werden, wenn Der, welcher eine Summe Geldes als dos versprach, einen spätern

Termin für die Ausantwortung derselben festsetzte, aber angelobte, sie bis zu diesem Termine zu verzinsen.

2) Vsurae morae. Hier ist zu unterscheiden, ob der promissor für die Auszahlung der Mitgift einen bestimmten Termin festgestellt hatte, oder nicht. Im erstern Falle fangen die Verzugszinsen gleich vom Eintritte des Termines an zu laufen, im letztern hingegen fragt sich's, ob das Versprechen vom Vater oder von einem väterlichen Abscendenten herrührt, und dann nehmen die Verzugszinsen ihren Anfang nach Ablauf zweyer Jahre, von eingegangener Ehe an gerechnet, oder von irgend einer andern Person, in welchem Falle sie nicht eher beginnen, als von Zeit der erhobenen Klage: L. vlt. §. 2. C. *de Iure dot.*

Dieselben Unterscheidungen lassen sich nun auch auf die Früchte einer bestimmten Sache, z. B. eines Grundstückes, anwenden, welches als Mitgift versprochen worden ist: L. vlt. §. 2. *cit.*

§. 275.

2. Illatio dotis.

Illatio dotis: actus, quo dos ita constituitur, vt maritus vtilitatem eius statim percipere possit. Nach dieser Definition ist der Begriff der illatio nicht etwa bloß von der wirklichen Uebergabe der dos zu verstehen, sondern von jeder Handlung, durch welche der Ehemann in den Stand gesetzt wird, den Nutzen, welchen das Einbringen gewährt, zu beziehen. Es giebt daher folgende verschiedene Arten der Illation:

1) Traditio dotis: die wirkliche Uebergabe körperlicher Sachen. Diese res corporales können entweder fungibiles (z. B. Geld, Wein, Getraide rc.): L. 42. D. *de Iure dot.* oder non fungibiles und diese wieder entweder immobiles (Grundstücke): pr. Inst. *Quib. alien. lic.* oder mobiles (z. B. Hausgeräthe, Silberzeug, Sclaven rc.) seyn: L. 3. C. *de Iure dot.*

2) Quasitraditio: diejenige Handlung, durch welche dem Ehemanne gewisse dingliche Rechte (res incorporales im engern Sinne) inferirt werden, z. B. wenn Jemand dem Ehemanne den Nießbrauch an seinem Hause zur Mitgift bestellt: L. 78. pr. D. *eod.*

3) Uebertragung gewisser persönlicher Rechte. Hierher gehört:

a. cessio. Diese geschieht dergestalt, daß der Constituent eine Forderung, welche ihm gegen einen Dritten zusteht, an den Ehemann abtritt und dieser, statt des Constituenten, als Gläubiger des Dritten betrachtet werden, jedoch nun auch selbst für die Verfolgung seines Rechtes sorgen muß: L. 2. C. *de Oblig. et act.* Sollte diese Verfolgung fruchtlos seyn, so kann der Ehemann keineswegs Regreß an den Constituenten nehmen: L. 4. u. 5. D. *de Hered. vel. act. vend.*

b. adsignatio. Es hatte Jemand dem Ehemanne eine dos versprochen, diesen also zu seinem Gläubiger gemacht. Er giebt nun dem Ehemanne die Weisung, daß er sich die versprochene Summe von einem Dritten auszahlen lassen solle, welcher ihm, dem Constituenten, dieselbe schuldig sey: L. 34. pr. D. *Mand.* und L. 106. u. 108. D. *de Solut.* Wenn nun dieser Dritte nicht zahlt, so kann sich der Ehemann an den Constituenten halten und die Auszahlung auf eine andere Weise verlangen, denn es gilt der Grundsatz: adsignatio non est solutio.

c. delegatio. Der, welcher eine dos bestellen will, veranlaßt seinen Schuldner, daß er die schuldige Summe nicht ihm selbst, sondern dem Ehemanne als Mitgift auszahlen solle: L. 4. §. 21. D. *de Doli mali et met. except.* — Dieser Fall unterscheidet sich vom vorigen durch den Grundsatz: delegatio fit debitori, adsignatio creditori, und

d. wenn der Constituent vom Ehemanne selbst den Auftrag erhält, die Mitgift an einen Dritten zu bezahlen: L. 19. D. *de Iure dot.* Vgl. auch L. 59. pr. *eod.* Endlich

4) Verzichtleistung auf gewisse dingliche oder persönliche Rechte, welche zu Gunsten des Ehemannes geschieht, wie z. B. wenn der Constituent eine Erbschaft ausschlägt, weil ihm der Ehemann substituirt ist: L. 5. §. 5. und L. 14. §. 3. D. *de Fundo dot.*, oder wenn er dem Ehemanne eine Summe Geldes, die dieser ihm schuldig ist, erläßt, damit er die onera matrimonii damit bestreiten könne: L. 41. §. 2. *de Iure dot.*

§. 276.

3. Vltima voluntas.

Auf den Todesfall kann die dos durch einen letzten Willen bestellt werden, welcher aber niemals ein feyerlicher (Testament), sondern stets nur ein minder feyerlicher (Codicill) seyn

kann, weil die dos bloß als res singularis, keinesweges aber als vniuersitas iuris gedacht werden kann. Daher kann die Ehefrau oder der Ehemann eine Mitgift, als solche, auf den Todesfall nicht durch Erbeinsetzung, sondern nur durch Vermächtniß erwerben, woraus denn der Begriff der dos legata oder legatum dotis hervorgeht: L. 48. §. 1. D. *de Iure dot.* und L. 71. §. 3. D. *de Condit. et demonstr.*

Das legatum dotis hat das Eigenthümliche, daß es niemals ein purum, sondern jederzeit nur ein conditionatum ist, weil es nicht eher gefordert werden kann, als wenn die Ehe wirklich eingegangen worden ist: L. 21. D. *de Iure dot.* und L. 3. *eod.* In dieser letztern heißt es ausdrücklich: „neque enim dos sine matrimonio esse potest.

Abgesehen von dieser allgemeinen Natur des legatum dotis kann dasselbe auch noch unter zwey besondern Gestalten vorkommen, nämlich:

1) als *praelegatum dotis*: quod feminae cuidam coheredi prae ceteris coheredibus relinquitur. Diese setzt voraus, daß der Testator ein Frauenzimmer, zugleich mit mehreren Personen, zu seiner Erbin eingesetzt, noch dabey eine Verfügung getroffen hat, kraft welcher jene Miterbin, vor der Theilung der Erbschaft, sich eine bestimmte Sache oder eine gewisse Summe Geldes vor den übrigen Miterben als Mitgift hinwegnehmen solle: L. 14. D. *de Dote praeleg.*

2) als *relegatum dotis*: quo vxori dos illata a marito testatore sub forma legati restituitur. Dieses Legat ist eine species des legatum *debiti*, nämlich desjenigen Legates, wodurch der Schuldner seinem Gläubiger Das vermacht, was er ihm schuldig ist: §. 14. Iust. *de Legat.* Nach aufgelöster Ehe muß nämlich der Ehemann die dos zurück erstatten und ist daher als Schuldner seiner Ehefrau zu betrachten. Nun könnte zwar ein solches Vermächtniß auf den ersten Anblick zwecklos scheinen, weil die Frau nach dem Tode des Mannes ihr Einbringen zurück verlangen kann, ohne daß es erst eines letzten Willens von Seiten des Letztern bedarf, allein das relegatum dotis bringt dennoch mannigfaltigen Nutzen, denn:

a. die Ehefrau braucht nun ihr Einbringen nicht zu beweisen, was ihr ohne jenes Vermächtniß allerdings obliegen würde. Hat also z. B. der Erblasser eine größere Summe ausgeworfen,

als ihm eingebracht worden war, so ist der Erbe demungeachtet zur Auszahlung derselben verbunden. Ja, selbst wenn die Frau gar nichts eingebracht hat und der Erbe dieses beweisen kann oder die Frau dieß selbst einräumt, muß die relegata dos dennoch ausgezahlt werden: §. 15. Inst. *eod.*,

b. von einem solchen Legate darf die quarta Falcidia nicht abgezogen werden, weil diese sich niemals auf die Schulden des Erblassers erstreckt: §. vlt. in fin. Inst. *de Lege Falcid.*,

c. wenn es durch Ehestiftung ausgemacht war, daß die dos nach aufgelöster Ehe bloß unter gewissen Voraussetzungen oder erst nach einer bestimmten Zeit zurückgegeben werden solle, so fallen diese Verfügungen durch ein solches Vermächtniß gänzlich hinweg und die Ehefrau kann die dos sogleich und ohne Beschränkung verlangen: §. 14. Inst. *de Legat.* und

d. die Ehefrau kann nun die Klage, durch welche sie ihr Einbringen zurückfordert, unmittelbar auf den letzten Willen ihres Ehemannes gründen und braucht sich nicht mit der actio ex stipulatu de dote zu begnügen: §. 15. Inst. *eod.*

Endlich ist es nach dem Bishergesagten auch denkbar, daß eine dos *relegata* zugleich *praelegata* sey. Dieß findet dann Statt, wenn der Ehemann, als Erblasser, seine Frau, nebst andern Personen, zur Miterbin einsetzt, aber zugleich verordnet, daß sie sich vor den übrigen Miterben Dasjenige im Voraus hinwegnehmen solle, was sie ihm eingebracht habe.

III. Von den Rechten, welche dem Ehemanne an der dos zustehen.

§. 277.

Einleitung.

Der Inbegriff sämmtlicher Rechte, welche dem römischen Ehemanne an der dos zustehen, wird mit dem Kunstworte: dominium ciuile genannt, wogegen der Ehefrau ein dominium naturale zugeschrieben wird. Diese Eintheilung des dominium, welche eine Erfindung der Neuern ist, kommt ausschließlich in der Lehre von der Mitgift vor und darf mit einer andern: in dominium ciuile und praetorium, mit welcher sie gar nichts gemein hat, nicht verwechselt werden.

Der eigenthümliche Begriff des dominium *ciuile* erklärt sich dadurch, daß der Ehemann nach R. R. zwar nicht voller und unbeschränkter Eigenthümer der Mitgift ist, weil er dieselbe nach aufgelöster Ehe zurückgeben muß und in der Regel auch nicht veräußern darf, aber von der andern Seite wieder ein stärkeres Recht, als der bloße vsufructuarius hat. Der römische Ehemann tritt nämlich in Bezug auf Verwaltung und Benutzung der dos ganz an die Stelle der Frau und übt die Rechte der letztern vollständig aus. Das entscheidende Merkmal aber, aus welchem sich abnehmen läßt, daß dem Ehemanne nach R. R. ein dominium an der dos zustehe, ist die rei vindicatio directa, welche derselbe in Hinsicht auf alle res dotales non fungibiles während der Ehe anstellen kann: L. 24. D. *de Act. rer. amot.* Hierzu kommt auch noch, daß der Ehemann in gewissen Fällen sogar voller und unbeschränkter Eigenthümer der Mitgift wird (§. 278.) und aus diesen Gründen ist der Ausdruck: dominium ciuile nicht, wie manche neue Rechtslehrer behaupten, als unpassend zu betrachten.

Von der andern Seite wird das der Ehefrau zustehende dominium *naturale* deshalb so genannt, weil es das ursprüngliche ist und nach aufgelöster Ehe von der Ehefrau wieder geltend gemacht werden kann: L. 30. C. *de Iure dot.* Hier wird jener Ausdruck durch die Worte gerechtfertigt: „quum eaedem res (dotales) ab initio vxoris fuerint et *naturaliter* in eius permanserint *dominio*“. Weil nun aber die Ehefrau ihr dominium naturale während der Ehe nicht ausüben darf, so nennt man das letztere auch dominium *quiescens* s. *dormiens*, welches bloß dann auch während der Ehe wieder auflebt, si maritus ad inopiam deductus sit: L. 29. C. *de Iure dot.* d. h. wenn er in eine solche Lage gekommen ist, in welcher er die empfangene Mitgift nicht vollständig zurückgeben kann: L. 24. pr. D. *Sol. matrim.*. Doch versteht die heutige Praxis jene Worte nur von dem Falle, daß Concurs zu dem Vermögen des Ehemannes ausgebrochen ist.

§. 278.

Einzelne Rechte des Ehemannes:

a. Grundlagen.

Was nun aber die einzelnen Rechte betrifft, welche dem Ehemanne an der dos zustehen, so sind dieselben sehr verschieden, jenachdem die Gegenstände, welche die Mitgift ausmachen,

entweder res fungibiles (vertretbare Sachen), oder nec fungibiles sind. An den erstern, welche stets in Quantitäten, z. B. in Geldsummen bestehen, erwirbt der Ehemann, gleich nach geschehener Uebergabe das volle und unbeschränkte Eigenthum, dergestalt, daß er auch ohne Zustimmung seiner Ehefrau frey über dieselben verfügen kann und nur nach aufgelöster Ehe tantundem, d. h. eandem quantitatem et qualitatem zu restituiren braucht: L. 42. D. *de Iure dot.* Dieses Recht des Ehemannes ist aber nicht als ein dieser Lehre eigenthümliches zu betrachten, sondern als ein ganz allgemeines, welches sich aus der Natur der res fungibiles von selbst ergiebt und in vielen andern Verhältnissen, besonders aber im Darlehns-Contrakte vorkommt, bey welchem der Schuldner durch die geschehene Uebergabe der res fungibiles voller Eigenthümer derselben und bloß dazu verbindlich wird, daß er dieselbe Quantität in derselben Qualität zur festgesetzten Zeit zurück erstatte: pr. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*

Wenn jedoch res *nec* fungibiles Gegenstände der dos sind, also solche, bey welchen es sich um die species handelt, d. h. welche nicht durch andere von völlig gleicher Art ersetzt werden können, so ist zu unterscheiden, ob die dos *venditionis* gratia aestimata sey, oder *taxationis* caussa, vel *plane non* aestimata. — Eine dos ist *venditionis* gratia aestimata, wenn der Werth derselben zu dem Zwecke festgestellt wurde, daß der Ehemann nach Auflösung der Ehe die Wahl haben sollte, ob er die res dotales in derselben Gestalt (in eadem specie), oder ob er nur den durch Uebereinkunft festgesetzten Preis derselben (tantundem) restituiren wolle: L. 10. §. 6. D. *de Iure dot.* und L. 10. C. *eod.* Bey einer solchen Abschätzung wird der Ehemann als Käufer der res dotales angesehen, erwirbt also nach deren Uebergabe ebenfalls das volle und unbeschränkte Eigenthum an allen in der Mitgift enthaltenen Gütern, wenn auch dieselben in Grundstücken bestehen, er kann über dieselben, auch ohne Einwilligung der Frau, ungehindert verfügen, und sie folglich nach Belieben veräußern, wenn er nur nach aufgelöster Ehe den festgesetzten Preis entrichtet. Doch steht es ihm natürlich von der andern Seite frey, die res dotales in derselben Gestalt zurückzugeben, dafern dieselben nicht durch seine Schuld bedeutend an ihrem Werthe verloren haben. Endlich ist zu bemerken, daß diese Art der Abschätzung im Zweifel präsumirt wird: L. 5. C. *de Iure dot.*

Eine dos ist aber *taxationis* caussa aestimata, wenn zwar der Ehemann verpflichtet wurde, nach aufgelöster Ehe die res dotales in derselben Gestalt zurückzugeben, man aber den Werth derselben zu dem Zwecke festsetzte, daß, wenn zur Restitutionszeit die fraglichen Gegenstände entweder gar nicht, oder doch in sehr verschlimmertem Zustande vorhanden wären, über den wahren Werth derselben kein Zweifel erhoben, sondern die Höhe des von dem Ehemanne zu leistenden Betrages sogleich bestimmt werden könnte: L. 69. §. 7. D. *de Iure dot.* und L. 21. C. *eod.* — Diese Art der Abschätzung setzt also stets einen besondern Vertrag voraus, durch welchen man den etwa nach aufgelöster Ehe entstehenden, processualischen Weiterungen zu begegnen sucht.

Die Wirkungen nun, welche bey einer dos *taxationis* gratia aestimata eintreten, bestehen darin, daß der Ehemann keineswegs voller und unbeschränkter Eigenthümer derselben wird, sondern nur das dominium *ciuile* an ihnen erwirbt, dessen Bestandtheile gleich näher angegeben werden sollen. Dieselben Wirkungen finden aber auch Statt, wenn die dos *plane non* aestimata ist, d. h. wenn die Dotalgüter dem Ehemanne übergeben worden sind, ohne daß eine Abschätzung ihres Werthes vorgenommen wurde: L. 24. D. *de Act. rer. amot.*

§. 279.

b. Ueber das Recht der Veräußerung:

a. des fundus dotalis.

Die einzelnen Rechte des Ehemannes an der dos, welche nun aufgeführt werden sollen, sind natürlich nur auf res nec fungibiles und zwar auf den Fall zu beziehen, daß diese entweder taxationis caussa oder gar nicht abgeschätzt worden sind, denn wenn die dos in vertretbaren Sachen besteht, oder wenn sie venditionis gratia aestimata ist, so erwirbt der Ehemann das volle Eigenthum, welches hier keiner weitern Erläuterung bedarf.

Was nun zunächst das Veräußerungsrecht des Ehemannes betrifft, so muß zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen unterschieden werden. Ueber den fundus dotalis verordnet die Lex Iulia de fundo dotali (welche kein selbstständiges Gesetz, sondern ein Capitel aus der Lex Iulia de adulteriis vom Jahr 737. ist), daß der Ehemann denselben zwar mit Einwilligung der Frau verkaufen, niemals aber verpfänden könne, selbst

wenn die Frau ihre Zustimmung ertheile, weil man annahm, daß die Letztere sich weit eher zu einer Verpfändung, als zur wirklichen Veräußerung ihres Grundstückes bewegen lassen werde.

Justinian dehnte aber dieses Verbot dahin aus, daß jede Veräußerung des fundus dotalis, es möge nun dieselbe im engern Sinne (z. B. durch Verkauf) oder im weitern (z. B. durch Verpfändung) vorgenommen werden, schlechterdings null und nichtig seyn solle, selbst dann, wenn die Ehefrau ihre Einwilligung ertheilt habe: L. vn. §. 15. C. *de Rei vxoriae act.* und pr. Inst. *Quib. alien. lic.* — Ist nun demungeachtet eine Veräußerung des fundus dotalis geschehen, so können nach aufgelöster Ehe die Frau oder deren Erben die rei vindicatio gebrauchen und die geschehene Veräußerung anfechten: L. 30. C. *de Iure dot.* Auch ist diese rei vindicatio noch besonders dadurch geschützt, daß der dritte Besitzer den fundus dotalis, so lange die Ehe dauert, nicht verjähren kann: L. 30. *cit.*, weil während der Ehe die Verjährung schläft.

Unter Veräußerung des fundus dotalis ist aber nach Justinianeischem Rechte nicht bloß die Veräußerung im eigentlichen Sinne zu verstehen, nämlich wenn der Ehemann den fundus dotalis verkauft, verschenkt, vertauscht oder vermacht, sondern auch, wie schon oben berührt wurde, die Veräußerung im weitern Sinne, kraft welcher der Ehemann einem Dritten ein dingliches Recht an dem fundus dotalis begründet, wohin die Servituten, die emphyteusis und superficies, so wie das Pfandrecht gehören: L. vn. §. 15. C. *de Rei vxor. act.* in Verbindung mit L. 32. D. *de Iure dot.* Wohl aber kann er die Ausübung dieser Rechte als temporäre Beschränkungen seines dominium ciuile so lange bewilligen, als die Ehe dauert.

Ferner ist hier unter Veräußerung nicht bloß die unmittelbare, sondern auch die mittelbare zu verstehen, zu welcher letztern besonders der Fall zu rechnen ist, daß der Ehemann auf Theilung eines Grundstückes anträgt, dessen Miteigenthümerin die Ehefrau ist, welche ihm ihren intellectuellen Antheil daran als Mitgift eingebracht hat: L. 2. C. *de Fundo dot.*

Endlich wird aber auch, wenn die Veräußerung des fundus dotalis ungültig seyn soll, erfordert, daß dieselbe eine freywillige gewesen sey. Die Veräußerung ist daher gültig, wenn der Ehemann durch Nothwendigkeit dazu bewogen wurde, nämlich

wenn er durch ein richterliches Urthel zur Abtretung des Grundstückes condemnirt ist: L. 1. D. *de Fundo dot.* oder wenn das Grundstück nicht der Frau allein, sondern auch andern Miteigenthümern gehörte und diese auf Theilung desselben provocirt haben: L. 2. C. *eod.*

Doch kommen auch ausgenommene Fälle vor, in welchen eine freywillige Veräußerung des fundus dotalis von Seiten des Ehemannes entweder gleich anfangs gültig ist, oder doch späterhin gültig wird:

a. wenn der wesentliche Nutzen der Ehefrau dadurch befördert werden kann, besonders wenn ein besseres oder größeres Grundstück dafür angeschafft wird: L. 26. D. *de Iure dot.*,

b. wenn der Ehemann Erbe der Frau wird, oder doch wenigstens kraft einer Ehestiftung nach dem Tode der Frau die dos für sich behalten kann: L. 17. D. *de Fundo dot.*,

c. wenn die Ehefrau Erbin des Mannes wird: L. 13. §. 4. D. *eod.* denn durch den Antritt der Erbschaft macht sie sich verbindlich, die facta testatoris zu präſtiren,

d. der Ehemann, welcher den fundus dotalis veräußert hatte, setzt seiner Frau ein Vermächtniß aus, trägt aber auch dem Käufer des Grundstückes durch letztwillige Verfügung auf, den Kaufpreis an die Frau auszuzahlen. Wenn in diesem Falle die Letztere das Legat annimmt und der Käufer zur Bezahlung des Kaufpreises erbötig ist, so kann die Frau die geschehene Veräußerung keineswegs anfechten: L. 77. §. 5. D. *de Legat. II.*,

e. wenn die Ehefrau ihre zur Veräußerung des fundus dotalis ertheilte Einwilligung nach Ablauf zweyer Jahre wiederholt: Nou. 61. c. 1. §. 1. und

f. nach canonischem Rechte: wenn die Ehefrau in die Veräußerung einwilligt und mittelst Eides angelobt, dieselbe nicht anfechten zu wollen: c. 28. X. *de Iureiur.* (Vgl. 153.).

§. 280.

β. Von der Veräußerung der Mobilien.

Obwohl die res nec fungibiles *mobiles* von der Art sind, daß sie auch ohne Veräußerung einen Nutzen schaffen, nämlich durch den Gebrauch, man also glauben sollte, daß der Ehemann dergleichen Sachen, wenn sie Gegenstände der Mitgift sind, ent-

weder gar nicht, oder doch nur mit Zustimmung seiner Ehefrau veräußern dürfe, so hat doch das R. R. das Gegentheil verordnet. Denn abgesehen vom pr. Inst. *Quib. alienare lic.*, wo das Verbot der Veräußerung ausdrücklich nur auf den fundus dotalis gerichtet wird, geht aus folgenden Gesetzen unwidersprechlich hervor, daß der Ehemann die beweglichen Gegenstände der dos ganz nach seiner Willkühr veräußern darf, mithin nicht einmal der Einwilligung seiner Ehefrau bedarf: L. 3. C. *de Iure dot.* „quum et inter viuos manumittendi mancipia dotalia constante matrimonio *liberam* habeat maritus *facultatem*". — L. 1. u. 7. C. *de Seruo pign. dat. manum.* — L. 61. §. 1. D. *de Iure dot.* — L. 3. §. 2. D. *de Suis et legit.*

§. 281.

c. Von den übrigen Rechten, welche dem Ehemanne an der dos zustehen.

Außer dem Rechte der Veräußerung sind in dem dominium ciuile des Ehemannes noch folgende einzelne Rechte enthalten:

1) das Recht, die res dotales zu besitzen, wie dieses jedem Eigenthümer zusteht,

2) das Recht, pro dote zu verjähren, d. h. eine fremde Sache, welche von einem Nichteigenthümer als Mitgift inferirt worden war, durch Verjährung zum Eigenthume seiner Frau zu machen: L. 1. D. *Pro dote.* Hiermit ist aber nicht der Fall zu verwechseln, daß der Ehemann zu seinem eigenen Vortheil eine Sache verjährt, die seiner Ehefrau angehört. In diesem Falle ist zu unterscheiden, ob a. die Verjährung bereits vor eingegangener Ehe begonnen hatte, und hier kann der Ehemann die Verjährung gültig fortsetzen und auch während der Ehe beendigen, oder ob b. die Verjährung erst während der Ehe beginnen soll und in diesem Falle ist jede Verjährung unmöglich, weil in der Ehe eine factische Gemeinschaft der Güter hinsichtlich ihres Besitzes oder Gebrauchs zwischen den Ehegatten nicht immer zu vermeiden ist, oder endlich ob c. die Verjährung erst nach aufgelöster Ehe begonnen hat, in welchem Falle der Verjährung nichts entgegensteht, weil hier die gewöhnlichen Rechtsregeln, welche über die Verjährung gelten, wieder Platz ergreifen: arg. L. 16. D. *de Fundo dot.* und L. 30. C. *de Iure dot.*

3) Vsusfructus. Dieser ist caussalis, weil er seine Ursache in dem dem Ehemanne zustehenden Eigenthume (dominium civile) hat, im Gegensatze des vsusfructus *formalis*, welcher eine Servitut ist, mithin an einer fremden Sache ausgeübt wird. Kraft des vsusfructus caussalis hat der Ehemann

a. das Recht, alle Arten von Nutzungen (fructus) aus den rebus dotalibus zu beziehen, es mögen nun dieselben res immobiles oder mobiles seyn, ganz besonders ist er also befugt, diese Gegenstände zu verpachten oder zu vermiethen und das dafür gelöste Pacht- oder Miethgeld für sich zu behalten. Hingegen die von den Neuern so genannten fructus *extraordinarios* (die Accessionen) darf er sich nicht zueignen, sondern darf nur die Früchte davon ziehen, weil er die Accessionen selbst nach aufgelöster Ehe mit der Hauptsache zugleich zurückgeben muß: L. 10. §. 1. D. *de Iure dot.* — Für die bezogenen Früchte muß aber der Mann allein die Lasten der Ehe tragen: L. 22. §. 8. D. *Soluto matrim.*, so wie es sich auch von selbst versteht, daß er die zur Perception der Früchte erforderlichen Ausgaben (impensae fructuum) z. B. Bestellungskosten, aus seinen eigenen Mitteln zu bestreiten hat: L. 3. §. 1. L. 13. und L. 16. D. *de Impens. in res dot.*,

b. das alleinige Verwaltungsrecht in Rücksicht dessen er der Frau weder Rechnung abzulegen, noch Caution zu stellen braucht. Anders verhält es sich mit denjenigen Paraphernalien, deren Verwaltung die Ehefrau dem Manne ausdrücklich übertragen hat und über welche der Letztere allerdings Rechnung abzulegen hat: L. 95. pr. D. *Ad legem Falcid.*, weil er auf solche Güter dem Gesetze nach gar keine Rechte ausüben darf.

4) Der Ehemann kann in Bezug auf die dos in seinem eignen Namen nicht nur die rei vindicatio directa: L. 24. D. *de Act. rer. amot.*, sondern auch die actio Publiciana in rem: L. 3. §. 1. D. *de Public. in rem act.* und überhaupt alle dem Eigenthümer einer Sache zuständigen Klagen anstellen: L. 11. C. *de Iure dot.*, aber auch von der andern Seite mit denselben belangt werden.

IV. Von den Rechten, welche der Ehefrau zur Sicherheit ihrer Mitgift zustehen.

§. 282.

Einleitung.

Da der Ehemann dominus ciuilis der Mitgift ist, ja in gewissen Fällen sogar das volle und unbeschränkte Eigenthum der Dotalgüter erwirbt, diese aber nach aufgelöster Ehe zurückgeben muß, so haben die Gesetze selbst für die Sicherheit der Ehefrau dadurch gesorgt, daß sie derselben dreyerley Rechte an den Gütern des Ehemannes einräumten, welche sie dann geltend machen kann, wenn der Ehemann entweder während der Ehe in den Zustand der Insolvenz geräth (§. 277.) oder nach aufgelöster Ehe die ihm inferirten Dotalgüter gar nicht, oder doch nicht vollständig restituiren kann. Die Ehefrau kann nämlich 1) die ihr bestellte donatio propter nuptias in Anspruch nehmen (§. 268.), 2) das ius retentionis und 3) das ius pignoratitium an allen Gütern des Ehemannes ausüben. Da nun von dem erstgenannten Sicherheitsrechte bereits oben die Rede gewesen ist, so bleiben noch die beyden letztern zur Erklärung übrig.

§. 283.

1. Ius retentionis.

Hier ist zuvörderst ein logischer Zweifel zu beseitigen, welcher aus der Frage entsteht, warum das ius retentionis, welches doch bekanntlich ein wesentlicher Bestandtheil des Pfandrechtes ist: L. 8. pr. D. *de Pignorat. act.*, in gegenwärtiger Lehre von letzterem getrennt und als ein für sich bestehendes Sicherheitsrecht aufgestellt werde? Diesem Zweifel läßt sich durch die Antwort begegnen, daß der Ehefrau allerdings auch kraft ihres Pfandrechtes ein ius retentionis zusteht, dieses aber ein ius retentionis *qualificatum* ist, weil es auf dem Pfandrechte, als einem dinglichen, beruht (§. 162.), daß aber dasjenige ius retentionis, welches wir hier vom ius pignoratitium trennen, ein *simplex* ist und ganz für sich besteht, weil es ohne Rücksicht auf das der Ehefrau ebenfalls zustehende Pfandrecht ausgeübt wird. Dieses einfache Retentionsrecht besteht nämlich darin, daß die Ehefrau diejenigen Güter ihres Ehemannes, zu deren Besitze sie auf eine

andere Weise, als durch Anstellung einer actio hypothecaria, gelangt ist, so lange inne behalten darf, bis sie wegen ihres Eingebrachten vollständig befriedigt ist: L. 29. C. *de Iure dot.* Das Pfandrecht der Ehefrau ist nämlich eine Hypothek, also ein solches Pfandrecht, welches mit dem Besitze der verpfändeten Sache nicht verbunden ist. Will also die Ehefrau mit Hülfe des Pfandrechtes in den Besitz solcher Güter gelangen, so muß sie die actio hypothecaria auf Uebergabe derselben anstellen und ist dieß mit Wirkung geschehen, so kann sie das ius retentionis *qualificatum* ausüben, welches als ein Ausfluß des Pfandrechtes zu betrachten ist. Wenn aber die Frau auf eine andere Art, als durch Anstellung der hypothekarischen Klage, zu dem Besitze gewisser Güter ihres Ehemannes gelangt ist, so gestatten ihr die Gesetze, dieselben, ganz abgesehen vom Pfandrechte, zu retiniren.— Diese Trennung des Retentionsrechtes vom Pfandrechte der Ehefrau ergiebt sich auch unwidersprechlich aus den Worten der L. 29. *cit.* „ita tamen, vt eadem mulier nullam habeat licentiam, eas res *alienandi* viuente marito et matrimonio inter eos constituto, sed fructibus earum ad sustentationem, tam sui, quam mariti filiorumque, si quos habet, abutatur". Das Veräußerungsrecht ist aber ein wesentlicher Bestandtheil des Pfandrechts und da in dieser Gesetzstelle der Ehefrau die Veräußerung verboten ist, so zeigt es sich klar, daß das Retentionsrecht hier ein selbstständiges und folglich ein anderes sey, als dasjenige, welches im Pfandrechte enthalten ist.

§. 284.

2. Ius pignoratitium.

Das pignus (Pfandrecht), dessen sich die Ehefrau zur Sicherheit ihrer dos an den Gütern ihres Ehemannes erfreut, ist eine hypotheca tacita generalis priuilegiata. Dieses Pfandrecht ist also:

1) eine hypotheca (im Gegensatze des pignus in specie, des Faustpfandes), weil sich die Ehefrau nicht im Besitze der verpfändeten Güter befindet: §. 7. in fin. Inst. *de Actionib.*

2) eine tacita, weil die Ehefrau dieses Pfandrecht kraft unmittelbarer Vorschrift der Gesetze genießt, ohne daß es einer ausdrücklichen Bestellung des Pfandes bedürfte: L. 4. pr. D. *In quib. caus. pign. tacite contrah.* Darum wird die

hypotheca tacita von den Neuern auch mit dem Ausdrucke: hypotheca legalis bezeichnet.

3) eine generalis, weil sie die sämmtlichen Güter des Ehemannes umfaßt und daher auch hypotheca omnium bonorum genannt wird. Diese äußert sich nun darin, daß die Ehefrau nicht nur diejenigen Güter des Mannes in Anspruch nehmen kann, welche er zur Zeit der eingegangenen Ehe oder der inferirten Mitgift besessen, sondern auch die, welche er später noch erworben hat: L. 9. C. *Quae res pignori generali oblig.* und

4) eine priuilegiata, weil die Ehefrau, kraft ihrer Hypothek, gewissen andern hypothekarischen Gläubigern ihres Ehemannes vorgezogen wird: L. 12. §. 1. C. *Qui potiores in pign.*

Nun ist es aber, wegen der rechtlichen Wirkung, sehr wichtig zu wissen, in welchem Augenblicke dieses Unterpfandrecht der Ehefrau seinen Anfang nehme. Hier ist zu unterscheiden, ob die dos 1) vor oder gleich zu Anfang der Ehe, oder 2) erst während der Ehe inferirt worden sey. Im erstern Falle beginnt das Pfandrecht sogleich im Augenblicke der geschlossenen Ehe, im letztern hingegen erst im Augenblicke der geschehenen Illation: arg. L. 6. in fin. C. *de Bonis, quae lib.*, weil die Sicherheitsrechte der Ehefrau wegen ihrer Mitgift erst dann Platz ergreifen können, wenn der Ehemann, als solcher, in den Besitz des Eingebrachten gekommen und hierdurch der Schuldner seiner Frau geworden ist. Jener Unterschied ist nämlich deswegen von großer Bedeutung, weil, wenn der Ehemann nach Anfang jenes Pfandrechtes Gegenstände aus seinem Vermögen veräußert hat, das Pfandrecht auch gegen den dritten Besitzer ausgeübt und dieser mit der actio hypothecaria auf Herausgabe der fraglichen Sachen belangt werden kann: §. 7. Inst. *de Actionib.* und L. 7. §. 12. in fin. D. *Commun. diuid.*

Die Ehefrau gehört also rücksichtlich ihrer Mitgift unter die hypothekarischen Gläubiger ihres Ehemannes und nimmt unter ihnen einen Platz im Concurse ein, genießt aber nach Vorschrift der Römischen Gesetze ein besonderes Vorzugsrecht oder Privilegium, kraft dessen sie allen ältern, hypothekarischen Gläubigern vorgezogen wird: L. 12. C. *Qui potiores in pign.* und Nov. 109. c. 1. Denn daß sie den jüngern vorgeht, ist kein Privilegium, sondern versteht sich von selbst nach der Rechtsregel, daß die Pfandrechte

nach dem Alter zu lociren sind: qui potior tempore, potior iure: L. 4. C. *Qui potiores in pign.*

Jenes unbedingte Vorzugsrecht der Ehefrau ist aber durch die Particularrechte mancher deutscher Staaten, nach Vorgang der Glosse, wieder beschränkt worden, nämlich dergestalt, daß die Ehefrau in Hinsicht auf ihre dos zwar allen ältern stillschweigenden, hypothekarischen Gläubigern, nicht aber den ältern ausdrücklichen vorgeht. Doch giebt es auch von dieser Regel wieder eine Ausnahme, welche sich durch die Rechtsparömie ausspricht: si vinco vincentem te, vinco te ipsum. Diese Worte werden nämlich der Ehefrau in den Mund gelegt, welche dieselben gegen einen ältern, ausdrücklichen Pfandgläubiger ausspricht, dem ein noch älterer, stillschweigender vorgeht. Der Satz nun, welchen diese Worte andeuten, ist folgender: wenn im Concurs der Pfandgläubiger die Hypothek der Ehefrau jünger ist, als die eines ausdrücklichen Pfandgläubigers, dieser aber wieder einem noch ältern, stillschweigenden Pfandgläubiger nachstehen muß, so wird die Frau, weil sie allen ältern stillschweigenden Pfandgläubigern ohne Unterschied vorgeht, auch jenem ausdrücklichen vorgezogen, welches nicht geschehen könnte, wenn nicht noch über dem ausdrücklichen ein älterer stillschweigender stünde. Die Rangordnung nach der Zeitfolge ist nun die: A. ist ein stillschweigender, B. ein ausdrücklicher Pfandgläubiger und C. die Ehefrau. Diese nimmt aber kraft ihres Vorzugsrechtes den ersten Platz ein, jedoch nur quoad summam concurrentem, d. h. die Ehefrau kann auf diesem ersten Platze, also in Vorzug vor dem ältern, ausdrücklichen Pfandgläubiger nur so viel zur Deckung ihrer Mitgift verlangen, als die Forderung des noch ältern, stillschweigenden Pfandgläubigers beträgt. Ist sie dadurch noch nicht befriedigt, so steht sie mit dem übrigen Betrage dem ältern, ausdrücklichen Pfandgläubiger nach. Die Forderung des ältern, stillschweigenden Pfandgläubigers beträgt z. B. 2000 Thlr., die des ausdrücklichen 4000 Thlr. und die Mitgift der Ehefrau 6000 Thlr. Hier geht die Frau mit der Summe von 2000 Thlrn. beyden Gläubigern vor, bleibt aber mit der Summe von 4000 Thlrn. auf dem dritten oder letzten Platze.

Endlich ist noch zu bemerken, daß das der Ehefrau wegen ihrer Mitgift zustehende Privilegium auch auf die Kinder derselben übergeht: Nov. 91. praef. u. c. 1., dahingegen geht auf andere Erben, als Kinder, zwar die Hypothek über, aber

nicht das Vorzugsrecht, also verwandelt sich in den Händen anderer Erben die hypotheca *priuilegiata* in eine *simplex*, weshalb denn diese nach dem Alter locirt wird.

Das privilegirte Pfandrecht steht aber der Ehefrau nur wegen ihrer dos zu, dahingegen hat sie bloß eine hypotheca *simplex*: 1) wegen der donatio propter nuptias: Nou. 109. c. 1. und 2) wegen derjenigen Paraphernalien, an welchen sie ihrem Ehemanne gewisse Rechte eingeräumt hat: L. 11. C. *de Pact. conuent.*

Wegen der bona *receptitia* haben aber die Gesetze der Ehefrau gar keine Sicherheitsrechte ertheilt, weil der Ehemann mit diesen in keine rechtliche Berührung kommt.

V. Von der Zurückgabe der dos.

§. 285.

1. Fälle, in welchen sie gefordert werden kann.

In der Regel kann die dos nur nach aufgelöster Ehe zurückgefordert werden, es möge nun diese Auflösung durch den Tod des einen oder andern Ehegatten, oder durch Scheidung erfolgt seyn. Von dieser Regel macht aber der schon oben (§. 277.) erwähnte Fall eine Ausnahme: „si maritus ad inopiam deductus sit“, welche Worte der L. 29. C. *de Iure dot.* heut zu Tage bloß vom Concurse der Gläubiger verstanden werden, der zu dem Vermögen des Ehemannes ausgebrochen ist. Hier greift die Frau nach ihrem Eingebrachten und hat nun für ihre Person die Pflicht auf sich, die onera matrimonii aus den Einkünften der dos zu bestreiten: L. 22. §. 8. D. *Soluto matrim.* L. 29. C. *de Iure dot.* und Nou. 97. c. 6. Hieraus geht hervor, daß die Gläubiger des Ehemannes auf die fructus dotis keinen Anspruch machen können, insoweit dieselben zur Bestreitung der ehelichen Lasten erforderlich sind, wohl aber, wenn sie diese Grenze überschreiten, was dem Ermessen des Richters anheimgestellt ist: arg. L. 29. C. *de Iure dot.*

Kann es aber der Ehefrau nachgewiesen werden, daß sie entweder durch eigene Verschwendung die Insolvenz ihres Ehemannes veranlaßt, oder im Einverständnisse mit diesem die Gläubiger betrogen hat, so fällt ihr Recht, nach dem Eingebrachten zu greifen, von selbst hinweg. Dieß ist jedoch keineswegs von dem Falle zu

verstehen, wenn die Ehefrau bloß gewußt hat, daß ihr Mann verschuldet sey.

§. 286.

2. Personen, welche die dos zurückfordern können.

Hier ist zu unterscheiden, ob die Ehe durch den Tod der Ehefrau, oder bey Lebzeiten derselben aufgelöst wird. Wenn im erstern Falle die dos eine profectitia ist, so kann der Vater oder väterliche Adscendent, welcher die dos bestellt hatte, oder in' dessen Rücksicht (cuius nomine) sie von einem Dritten bestellt worden war, dieselbe unbedingt zurückfordern, ohne Frage, ob Kinder aus der Ehe vorhanden sind, oder nicht: L. 4. C. *Soluto matrim.* und L. 6. pr. D. *de Iure dot.* und, wenn der Vater oder väterliche Adscendent nicht mehr am Leben ist, so fällt dieses Recht an die Erben der Ehefrau: L. VII. §. 6. C. *de Rei vxor. act.* — Ist aber die dos eine aduentitia, so können die Erben der Ehefrau sie zurückfordern: L. VII. §. 6. *cit.* in Verbindung mit §. 13. *eod.*, die dos müßte denn *receptitia*, d. h. so bestellt worden seyn, daß sich der Constituent die Rücknahme derselben auf den Fall der getrennten Ehe vorbehalten hatte: L. 29. §. 1. D. *Soluto matrim.* und L. VII. §. 13. *cit.* — Wenn hingegen die Ehe bey Lebzeiten der Ehefrau aufgelöst wird, so steht das Recht, die dos zurückzufordern, der Ehefrau allein zu, dafern sie sui iuris ist: L. VII. *cit.* §. 11., ausgenommen: 1) wenn der Vater oder väterliche Adscendent sich den Rückfall der dos profectitia ausdrücklich vorbehalten hat: L. 29. pr. D. *Soluto matrim.* und Auth. *Sed quamuis* C. *de Rei vxor. act.* 2) wenn die dos aduentitia eine *receptitia* ist: L. 29. §. 1. D. *Soluto matrim.* und 3) zur Strafe bey Ehescheidung: L. 8. §. 4. C. *de Repud.*, wovon unten ausführlicher die Rede seyn wird. — Befindet sich aber die Ehefrau noch in väterlicher Gewalt, ist sie also alieni iuris, so hat sie das Zurückforderungsrecht nicht allein, sondern zugleich mit ihrem Vater auszuüben: L. 2. §. 1. D. *Soluto matrim.*, durch welche Ausübung die dos ein gemeinschaftliches Vermögen zwischen Vater und Tochter wird: §. 1. *cit.* und L. 8. *eod.*, jedoch dergestalt, daß der Vater verpflichtet ist, dieselbe für die Tochter, und besonders für den Fall einer zweyten Ehe, aufzubewahren: Nou. 97. §. 5.

Obwohl nun der Ehemann nach dem Bishergesagten stets verbunden ist, nach aufgelöster Ehe die Mitgift zurückzugeben, so

hat er doch während der Ehe, außer dem oben (§. 285.) angeführten Falle, nicht nur keine Verpflichtung zu dieser Restitution, sondern, was auf den ersten Augenblick seltsam erscheinen mag, auch nicht einmal ein Recht dazu: L. 73. §. 1. D. *de Iure dot.* Der Grund ist aber der, weil, wenn der Ehemann noch während der Ehe die dos an seine Frau abtreten wollte, hierin eine donatio inter virum et vxorem liegen würde, welche, wie weiter unten gesagt werden soll, gesetzlich verboten ist. Doch giebt es nach Vorschrift der angeführten Stelle einige Ausnahmen, in welchen es dem Ehemanne zwar nicht zur Pflicht gemacht, aber doch gestattet ist, die Mitgift auch während der Ehe seiner Frau zurückzugeben: 1) wenn es zu dem Zwecke geschieht, daß sich die Ehefrau ein Grundstück ankaufe. Dieß kann vorkommen, wenn sie ein solches zu irgend einem Rechtsgeschäfte nothwendig braucht, z. B. wenn sie ihrem Gläubiger auf dessen Verlangen eine Hypothek an einer unbeweglichen Sache bestellen soll; 2) wenn die Frau ihren des Landes verwiesenen Vater damit unterstützen soll; 3) wenn sie den Lebensunterhalt ihrer dürftigen Geschwister damit bestreitet; 4) wenn sie und ihre Kinder der Mitgift selbst benöthigt sind, wie dieß bey langer Abwesenheit des Ehemannes Statt finden kann und 5) nach Inhalt der L. vlt. D. *eod.*: wenn die Ehefrau, welche ein Grundstück als dos profectitia eingebracht hat, Erbin ihres Vaters wird, die Gläubiger des letztern aber auf Veräußerung des fundus dotalis antragen, weil er weniger einträglich sey, als andere in der Erbschaft befindliche Grundstücke und der Ehemann hierzu seine Einwilligung giebt.

§. 287.

3. Rechtsmittel, welche auf Zurückgabe der dos gerichtet werden können.

Unter den Rechtsmitteln, welche auf restitutio dotis abzwecken, ist folgende Rangordnung anzunehmen:

1) die res dotales *nec* fungibiles, sie mögen nun bewegliche oder unbewegliche seyn, kann die Ehefrau, kraft ihres dominium naturale, mit der directa rei vindicatio in Anspruch nehmen und diese Klage gegen jeden dritten Besitzer anstellen: L. 30. C. *de Iure dot.*, ausgenommen in Hinsicht auf diejenigen beweglichen Sachen, welche der Ehemann während der Ehe veräußert hat (§. 280.).

2) Sollte die Ehefrau aus irgend einem Grunde die res dotales selbst nicht vindiciren können, so steht ihr dieselbe rei vindicatio directa an denjenigen Gegenständen zu, welche ihr der Ehemann als donatio propter nuptias angewiesen hat: L. 29. C. *de Iure dot.* und Nou. 61. c. 1. §. 1.

3) Wenn aber auch diese Gegenstände nicht vindicirt werden können, weil sie entweder res fungibiles, oder nicht mehr in natura vorhanden sind, so kann die Ehefrau, kraft des ihr zustehenden, stillschweigenden Pfandrechtes, mit der actio *hypothecaria* alle res nec fungibiles in Anspruch nehmen, welche von Zeit der eingegangenen Ehe, oder der inferirten Mitgift an (§. 284.) zu dem Vermögen des Ehemannes gehört haben, sie mögen sich nun noch in dessen Besitze oder in den Händen dritter Personen befinden: L. 12. §. 1. C. *Qui potiores in pign.*

4) Besteht jedoch die dos in rebus *fungibilibus* (§. 278.), also, was in diesem Falle gewöhnlich Statt findet, in Gelde, so fragt sich's, ob der Ehemann für dieses Geld gewisse res nec fungibiles, z. B. Grundstücke, angekauft hat, oder nicht? Im erstern Falle hat die Ehefrau hinsichtlich der angekauften Gegenstände ebenfalls eine rei vindicatio, welche jedoch nur *vtilis* ist, weil das Eigenthum der angeschafften Sachen ihr nicht ursprünglich zugehörte, sondern die Gesetze ihr diese Klage nur analogisch eingeräumt und zu ihren Gunsten den Grundsatz angewendet haben: res succedit in locum pretii. Vgl. L. 55. D. *de Donat. int. vir. et vxor.* Im letztern Falle hingegen kann die Ehefrau, wenn noch res nec fungibiles zu dem Vermögen des Mannes gehören oder gehört haben, entweder das ius retentionis an denselben ausüben (§. 283.), oder wiederum die actio *hypothecaria* gebrauchen, wenn aber solche Gegenstände nicht vorhanden sind, nur eine persönliche Klage gegen diejenigen Personen anstellen, welche nach Vorschrift des Gesetzes zur Restitution der Mitgift verbunden sind. Diese Personen sind: a. der Ehemann selbst, die Mitgift möge nun ihm oder auf sein Verlangen einem Dritten übergeben worden seyn: L. 22. §. 12. D. *Soluto matrim.*, b. der Vater des Ehemannes, wenn sich der Letztere in dessen väterlicher Gewalt befunden hat: ibid., c. die Erben des Ehemannes: L. 9. C. *eod.* oder seines Vaters: L. 44. pr. D. *eod.* und d. der Fiscus, wenn er das Vermögen Desjenigen in Beschlag genommen hat, welcher zur Herausgabe der Mitgift verpflichtet war: L. 31. pr. D. *eod.* und L. 2. C. *eod.*

Die persönliche Klage aber, welche gegen die genannten Personen angestellt werden kann, heißt nach Justinianeischem Rechte: actio ex stipulatu de dote (scil. restituenda): L. vn. C. *de Rei vxor. act.* und kann auch dann angestellt werden, wenn über die Zurückgabe der dos keine stipulatio eingegangen worden war. Anders verhielt es sich nach Vorjustinianeischem Rechte, nach welchem die genannte Klage bloß auf vorgängige Stipulation angestellt werden konnte und eine actio stricti iuris war, dahingegen in Ermangelung einer Stipulation nur eine actio bonae fidei, nämlich die rei vxoriae actio Platz ergriff. Der Unterschied bestand darin, daß mit der actio ex stipulatu de dote auf den gesammten Betrag des Heyrathsgutes geklagt werden konnte, der Ehemann also sein ganzes Vermögen zur Tilgung dieser Schuld hergeben mußte, hingegen bey der rei vxoriae actio der Ehemann, welcher weiter kein Vermögen besaß, so viel von der dos zurückbehalten durfte, als zu seinem nothdürftigen Lebensunterhalte erforderlich war. Justinian schmolz nun beyde Klagen dergestalt zusammen, daß er den Namen der actio ex stipulatu de dote ausschließlich beybehielt, ihr aber die Natur der rei vxoriae actio beylegte, weshalb denn nach heutigem R. R. folgende Personen das beneficium competentiae bey Zurückforderung der dos genießen: 1) der Ehemann selbst, 2) seine Kinder, insofern sie aus derselben Ehe erzeugt sind und 3) der Vater des Ehemannes, wenn die Klage gegen diesen gerichtet werden muß: §. 37. Inst. *de Actionib.* und L. vn. §. 7. C. *de Rei vxor. act.*

Diese actio ex stipulatu de dote stellen nun aber, außer der Ehefrau selbst, auch deren Erben an, wenn die dos eine aduentitia ist: L. vn. *cit.* §. 6. u. 13., der Vater oder väterliche Adscendent, wenn die dos eine profectitia ist: L. 4. C. *Soluto matrim.* und nach deren Ableben die Erben der Ehefrau: L. vn. §. 6. *cit.* endlich auch der Dritte, wenn die dos eine receptitia ist: L. 29. §. 1. D. *Soluto matrim.* (Vgl. übrigens §. 286.).

§. 288.

4. Zeit für die restitutio dotis.

Nach älterem R. R. war auf die Zurückgabe der Mitgift entweder die actio ex stipulatu de dote, oder die rei vxoriae actio angestellt worden. Im erstern Falle wurde als Zeitpunkt

für die restitutio dotis der Augenblick der aufgelösten Ehe angenommen, im letztern aber zwischen rebus fungibilibus und nec fungibilibus unterschieden. Für die Zurückgabe der res fungibiles hatte das Gesetz dem Ehemanne drey jährliche Termine eingeräumt, (annua, bima, trima die), damit er bey Einforderung seiner Außenstände nicht allzusehr gedrängt würde, die res nec fungibiles hingegen mußte der Ehemann gleich nach aufgelöster Ehe zurückgeben.

Nach Justinianeischem Rechte ist aber bloß zwischen Grundstücken und beweglichen Dotalgütern zu unterscheiden, dergestalt, daß die erstern gleich nach getrennter Ehe, die letztern nach Verlauf eines Jahres zurückgegeben werden müssen, dafern nicht durch pacta dotalia etwas Anderes festgesetzt worden ist. Sollte sich aber der Ehemann säumig erweisen, so hat er vom Ablaufe der gesetzlichen Zeit an vier Procent Zinsen zu bezahlen: L. vn. §. 7. C. *de Rei vxor. act.*

§. 289.

5. Gegenstände der Restitution:

a. Hauptsachen.

Bey der Frage, was nun eigentlich der Ehemann, nach aufgelöster Ehe, unter dem Titel des Heyrathsgutes zurückzugeben habe, ist zwischen den Sachen selbst, welche eingebracht worden sind, und den Früchten (fructibus dotis) so wie dem Zuwachse derselben (accessionibus dotis) zu unterscheiden.

Was die Sachen selbst betrifft, so sind diese entweder res corporales, von deren Restitution bereits oben (§. 278.) gehandelt worden ist, oder incorporales (Rechte), welche theils dingliche, z. B. ein dem Manne inferirter vsusfructus, theils persönliche seyn können, z. B. Forderung aus einem Darlehn. Die dinglichen Rechte hören für den Ehemann mit der Trennung der Ehe von selbst auf: L. 78. §. 2. u. 3. D. *de Iure dot.*, die persönlichen aber, also die Forderungen, muß der Ehemann entweder wiederum cediren, wobey er nicht dafür zu haften braucht, ob der Schuldner solvent sey, oder nicht: arg. L. 51. in fin. D. *de Pecul.*, oder, wenn er dieselben bereits geltend gemacht hatte, denjenigen Betrag bezahlen, welchen er wirklich dafür empfangen hatte: L. 42. D. *de Iure dot.* — Sollte endlich die illatio dotis durch eine remissio debiti erfolgt seyn (§. 275.),

so wird mit Auflösung der Ehe das debitum wieder hergestellt, so daß der Ehemann sich auf's Neue zum Schuldner bekennen muß und aus dem fraglichen Geschäfte belangt werden kann: L. 43. §. 1. D. *eod.*

§. 290.

b. Nebensachen:

α. Fructus dotales.

Ueber die Restitution der fructus dotales sind folgende Sätze zu merken:

1) diejenigen Nutzungen, welche der Ehemann vor eingegangener Ehe aus der Mitgift bezogen hat, muß derselbe unbedingt herausgeben: L. 31. §. 4. D. *Soluto matrim.* in Verbindung mit L. 6. D. *eod.*,

2) die, welche er während der Ehe percipirt hat, gehören ausschließlich dem Ehemanne oder dessen Erben: L. 20. C. *de Iure dot.* Endlich

3) die nach aufgelöster Ehe percipirten gehören denjenigen Personen, welche das Heyrathsgut zurückfordern, doch ist hier die besondere Verordnung des R. R. zu erwähnen, daß die Früchte des letzten Jahres nach Verhältniß der Zeit, während welcher die Ehe bestanden hat, zwischen dem Ehemanne und denjenigen Personen, die das Heyrathsgut zurückfordern können, getheilt werden sollen: L. vn. §. 9. C. *de Rei vxor. act.* Hier heißt es: „sed et nouissimi anni, in quo matrimonium soluitur, fructus, pro rata temporis portione vtrique parti debere adsignari etc.", welche Worte sich auf die L. 7. D. *Soluto matrim.* gründen, die die nähere Art und Weise der Berechnung an die Hand giebt. Diese Berechnung ist verschieden, jenachdem die dos 1) vor oder zu Anfang der Ehe, oder 2) erst während der Ehe inferirt worden ist. Im erstern Falle wird das letzte Jahr von der Wiederkehr des Hochzeittages, (oder, wenn die Ehe nur kurze Zeit bestanden hat, von diesem selbst) an gerechnet, im letztern hingegen von der Wiederkehr desjenigen Tages (oder von diesem selbst), an welchem die illatio dotis erfolgt ist. Wenn z. B. während der Ehe dem Ehemanne ein Landgut am 1. November als dos inferirt worden war, der Ehemann aber dasselbe am 1. März des darauf folgenden Jahres verpachtete und am 1. May, also nur zwey Monate nach der Verpachtung, die Ehe aufgelöst wird, so empfängt

der Ehemann von dem fällig werdenden Pachtgelde nicht etwa bloß den sechsten Theil (als den Betrag der zwey Monate, während welcher der Pachtcontrakt bereits bestanden hat), sondern die Hälfte des ganzen Pachtgeldes, weil hier das letzte Jahr von der illatio dotis an zu rechnen und das Landgut schon seit sechs Monaten ein fundus dotalis gewesen ist: L. 7. *cit.* §. 1. u. 2.

§. 291.

β. Accessiones et impensae dotales.

1) *Accessiones*. Wegen der Rechtsregel: accessorium sequitur suum principale versteht es sich von selbst, daß der Ehemann nach aufgelöster Ehe nicht nur die res dotales, sondern zugleich mit diesen auch die res accessorias zurückgeben muß: L. 10. §. 1. u. 2. D. *de Iure dot.*, obwohl er während der Ehe die fructus derselben percipiren durfte (§. 281.). Eine andere Frage ist es aber, ob er für die Herausgabe der Accessionen von denjenigen Personen, welche die dos zurück erhalten, eine Entschädigung verlangen könne? Diese Frage ist in Hinsicht auf accessiones *naturales*, d. h. solche, welche bloß durch die Natur erzeugt sind, z. B. wenn ein Mutterthier zugleich mit seinen Jungen zurückgegeben wird, zu verneinen, hingegen bey den accessionibus *industrialibus*, welche bloß durch Menschenhände entstehen, und bey den *mixtis*, die durch die Vereinigung des menschlichen Fleißes mit der Wohlthat der Natur hervorgebracht werden, sind mehrere Unterschiede zu bemerken, aus welchen sich folgende Lehre von den impensis dotalibus gebildet hat.

2) *Impensae dotales*: sumtus, quos maritus intuitu dotis erogavit. Diese sind entweder *fructuum*: quae fructuum percipiendorum caussa erogantur (z. B. der Aufwand bey Bestellung der Felder, Schnitterlohn rc.), oder *rei*: quae in ipsam rei substantiam erogantur (z. B. die Reparatur oder Verschönerung eines Hauses).

Die impensas *fructuum* kann der Ehemann unter keiner Bedingung zurück verlangen, denn er hat die fructus der Sache zu genießen und daher für die Perception derselben allein zu sorgen: L. 3. §. 1. D. *de Impens. in res dot.*

Was aber die impensas *rei* betrifft, so ist zwischen den verschiedenen Arten derselben zu unterscheiden, deren es dreye giebt:

a. *impensae necessariae*: quae rem seruant, also diejenigen, ohne deren Aufwendung die Sache selbst untergehen würde: L. 79. pr. D. *de V. S.* Diese impensas kann der Ehemann unter allen Umständen *deducere*: quouis modo legitimo de impensis erogatis sibi satisfacere. Dieß kann aber auf eine dreyfache Weise geschehen:

α. detrahendo: wenn der Ehemann zu Bezahlung von Geldern verbunden ist, welche ihm außer derjenigen Sache, auf welche er die nothwendigen Kosten verwendet hat, als Mitgift inferirt worden sind. Hier kann er von den schuldigen Geldern so viel abziehen, als der gehabte Aufwand beträgt: L. 5. pr. u. §. 1. D. *de Impens. in res dot.*

β. retinendo: wenn der Ehemann sich noch im Besitze von unvertretbaren Dotalgütern befindet. Diese braucht er nicht eher herauszugeben, als bis er wegen der impensae necessariae befriedigt ist: L. 56. §. 3. D. *de Iure dot.* u. §. 37. Inst. *de Actionib.*

γ. agendo: wenn der Ehemann gar keine res dotales mehr besitzt, sondern sie sämmtlich schon restituirt hat. In diesem Falle kann er gegen diejenigen Personen, welchen er die dos zurückgegeben, eine persönliche Klage, nämlich die condictio sine caussa gebrauchen: L. 5. §. 2. D. *de Impens. in res dot.*

b. *impensae vtiles*: quae rem augent, also diejenigen, durch welche der Werth der Sache vergrößert wird: L. 79. §. 1. D. *de V. S.* Hier ist zu unterscheiden, ob der Ehemann dieselben im Auftrage seiner Frau, oder ohne einen solchen aufgewendet hat. Im erstern Falle kann er die actio mandati contraria anstellen, oder auch den Betrag von den Quantitäten, die er zu erstatten hat, abziehen: L. vn. §. 5. C. *de Rei vxor. act.* u. L. 5. 7. u. 8. D. *de Impens. in res dot.*, keinesweges aber ein Retentionsrecht an den unvertretbaren Dotalgütern ausüben, welches ihm zwar nach älterem R. R. zustand, aber von Justinian gänzlich aufgehoben wurde: L. vn. §. 5. *cit.* — Im letztern Falle aber kann der Ehemann nur die actio negotiorum gestorum contraria gebrauchen: L. vn. §. 5. *cit.* u. L. 12. D. *de Impens. in res dot.* Endlich

c. *impensae voluptuariae*: quae rem ornant, also solche, welche zum Zwecke der Annehmlichkeit aufgewendet werden: L. 79. §. 2. D. *de V. S.* Diese impensas kann der Ehemann, er mag

nun im Auftrage der Frau gehandelt haben, oder nicht, niemals deducere, sondern nur *tollere*: salua rei principalis substantia separare. Hier ist nämlich zu unterscheiden, ob sich die an der Sache angebrachten Verschönerungen von derselben trennen lassen, ohne dieser selbst zu schaden, oder nicht. Im letztern Falle gehen sie in das Eigenthum der Frau über, ohne daß diese etwas dafür zu entrichten hat, im erstern Falle hingegen hat die Frau die Wahl, ob sie die Trennung geschehen lassen will und dann kann der Mann die impensas voluptuarias hinwegnehmen, oder ob dieselben mit der Hauptsache verbunden bleiben sollen und dann hat sie den Werth an den Ehemann zu bezahlen: L. 9. D. *de Impens. in res dot.*

§. 292.

6. Von der Leistung des casus und der culpa.

a. Casus. Bey der Frage, welcher von beyden Ehegatten den casus, also den zufälligen Schaden tragen müsse, den die res dotales erlitten haben, ist zu unterscheiden, ob die letztern res fungibiles oder nec fungibiles sind. Im erstern Falle trägt der Ehemann den casus, weil er durch die ihm geschehene Uebergabe der res fungibiles voller und unbeschränkter Eigenthümer derselben wurde, mithin die bekannte Rechtsregel eintritt: casum sentit dominus: L. 23. D. *de R. I.* — L. 42. D. *de Iure dot.* — Im letztern Falle hingegen ist die Frage aufzuwerfen, ob die dos venditionis gratia aestimata sey, und dann trägt wiederum der Ehemann den casus, weil die sämmtlichen res dotales, von welcher Art sie auch seyn mögen, in dessen volles Eigenthum übergegangen sind: L. 10. pr. D. *eod.*, oder ob sie taxationis caussa oder plane non aestimata sey, und hier muß die Ehefrau den casus tragen, weil der Mann nur das dominium ciuile an der Mitgift hat, bey der Frau aber das dominium naturale oder ursprüngliche Eigenthum verbleibt: L. 10. *cit.* pr. u. §. 1.

b. Culpa. Von der Fahrlässigkeit des Ehemannes bey Verwaltung der dos kann nur in Bezug auf res nec fungibiles, welche entweder taxationis caussa oder gar nicht abgeschätzt worden sind, die Rede seyn. Unter dieser Voraussetzung leistet aber der Ehemann die culpa leuis in concreto, d. h. er ist verbunden, den in der Mitgift enthaltenen Gegenständen diejenige Sorgfalt zu widmen, welche er auf sein eigenes Vermögen zu verwen-

den pflegt: L. 17. pr. D. *eod.* Der Grund ist der, daß die Ehe eine rein persönliche Verbindung ist, die Ehefrau sich also nothwendiger Weise vor der Eheschließung um die Verhältnisse und den Lebenswandel des künftigen Ehemannes bekümmern muß.

§. 293.

7. Beweis des Einbringens.

Bey der restitutio dotis kommt es sehr häufig vor, daß entweder das ganze Einbringen, oder doch ein Theil desselben, entweder vom Ehemanne selbst, oder von dritten Personen (nämlich von dessen Erben, oder von Seiten der Gläubiger im Concurs) abgeläugnet wird. In einem solchen Falle haben nun Die, welche die dos zurückfordern, die illatio dotis zu beweisen, weil nach einem Ausspruche des Q. Mucius vorausgesetzt wird, daß Alles, was sich im Besitze der Frau befindet, vom Manne herrühre: L. 51. D. *de Donat. int. vir. et vxor.* — Diese Voraussetzung nennt man daher praesumtio Muciana. — Vgl. auch: L. 1. C. *de dote caut. non num.*

Der Gegenstand des Beweises ist aber bloß der, daß dem Ehemanne gewisse Sachen übergeben worden wären, wenn auch der Zweck der Dotation nicht besonders erwähnt worden ist: L. 23. D. *de Iure dot.* Hieraus geht von selbst hervor, daß, wenn der Ehemann zwar den Empfang der Sachen einräumt, aber behauptet, daß sie ihm zu einem andern Zwecke übergeben worden wären, er die Beweislast übernehmen muß.

Aber der Beweis der illatio dotis kann besonders auf folgende drey Arten geführt werden:

1) durch Zeugen. Hier ist das Eigenthümliche zu bemerken, daß bey einem Beweise dieser Art auch solche Zeugen gebraucht werden dürfen, welche außerdem nicht zuläßig sind, nämlich die sogenannten testes domestici, d. h. Personen, welche mit der Ehefrau ganz nahe verwandt sind: arg. c. 3. X. *Qui matrim. accus.* Der Grund dieser Verfügung ist darin zu suchen, daß gerade von solchen Personen die Bestellung der dos gewöhnlich ausgeht;

2) durch das Geständniß des Ehemannes. Dieses kann zwar unter gewissen Umständen gegen den Ehemann selbst und dessen Erben, keineswegs aber gegen dritte Personen beweisen, wie z. B. gegen die Gläubiger des Ehemannes im Concurse.

Denn in diesem letztern Falle könnte zwischen den Ehegatten eine schädliche Simulation gegen die Gläubiger Statt finden und die Ehefrau nach einem Eingebrachten greifen, welches doch nie vorhanden gewesen wäre: L. 9. pr. C. *de Bon. proscriptor.* und

3) durch Urkunden. Hierher gehören Verschreibungen oder Quittungen, in welchen der Ehemann bekennt, eine gewisse Summe Geldes als Heyrathsgut empfangen zu haben (cautio dotis s. dos cauta). — Nicht selten wird aber der Fall vorkommen, daß der Ehemann als solcher, oder als Bräutigam, wenn ihm vom Schwiegervater oder von einer andern Person eine dos versprochen worden war, in Hoffnung auf dieselbe, immer im Voraus eine Quittung ausstellt, der Constituent aber mit der Auszahlung zögert und die Ehe aufgelöst wird, ohne daß der Ehemann die versprochene Mitgift empfangen hat. In einem solchen Falle ist nun der Ehemann der Gefahr ausgesetzt, aus der von ihm ausgestellten cautio (Quittung) auf die Restitution der darin ausgesprochenen Summe belangt zu werden. Zum Schutze gegen eine solche Klage haben die Gesetze dem Ehemanne ein besonderes Rechtsmittel ertheilt, nämlich die exceptio dotis cautae, non numeratae, die Einrede der zwar quittirten, aber nicht empfangenen Mitgift: L. 3. C. *de Dote cauta non numer.*

Die Wirkung dieses Rechtsmittels ist aber die, daß der Kläger, welchem dasselbe entgegengestellt wird, auf eine andere Weise als durch die Quittung, die geschehene Uebergabe der fraglichen Summe darthun muß: Nou. 100. praef. in fin.

Weil aber diese Begünstigung des Ehemannes von der andern Seite wieder zu großem Mißbrauche führen könnte, so hat das Gesetz bestimmte und zwar sehr kurze Fristen eingeführt, innerhalb welcher die genannte Exception eingewendet werden muß, widrigenfalls sie als verjährt zu betrachten ist und der Ehemann zu beweisen hat, daß ihm die quittirte Mitgift nicht inferirt worden sey.

Jene Zeitfristen sind aber folgende:

a. wenn die Ehe noch vor Ablauf von zwey Jahren, von ihrer Schließung an gerechnet (also nicht, wie Einige wollen, von ausgestellter Quittung an), aufgelöst wird, so können der Ehemann, oder dessen Erben die exceptio dotis cautae non numeratae noch ein Jahr lang gebrauchen;

b. wird aber die Ehe nach Ablauf von zwey Jahren, aber noch vor Ablauf von zehn Jahren aufgelöst, so steht das Rechts-

mittel den genannten Personen noch drey Monate lang zu Gebote;

c. ist endlich die Ehe erst nach Ablauf von zehn Jahren aufgelöst worden, so fällt die Exception als verjährt gänzlich hinweg. Vgl. die oben angeführten Gesetze: L. 3. C. *de Dote cauta non numer.* und Nou. 100.

Weil nun aber dieses Rechtsmittel eine exceptio ist, mithin nicht eher geltend gemacht werden kann, als bis eine Klage auf Restitution der Mitgift angestellt wird, so haben dieselben Gesetze dem Ehemanne auch eine Klage, nämlich die querela dotis cautae, non numeratae, jedoch unter denselben Beschränkungen, verliehen, auch bleibt es ihm unbenommen, die ausgestellte Quittung mit der condictio sine caussa zurück zu fordern: L. vlt. C. *de Condict. ex lege et sine caus.*

VI. Pacta dotalia.

§. 294.

1. Begriff und Natur derselben.

Alle Principien, welche bis jetzt über die Mitgift des R. R. entwickelt worden sind, beruhen unmittelbar auf dem Gesetze. Es können aber auch viele Modificationen jener Regeln durch gegenseitige Verabredung der Contrahenten eintreten. Solche Verträge, wenn sie nur sonst die Grenze des Erlaubten nicht überschreiten, werden stets den gesetzlichen Sanctionen vorgezogen. Daher *pacta dotalia* s. *nuptialia* (Eheverträge, Ehepacten, Ehestiftungen): pacta legitima inter coniuges ipsos, vel alios, quorum interest, eum in finem contracta, vt de bonis coniugum, vel personali eorum ratione citra legem disponatur.

Die pacta dotalia des R. R. gehören unter die pacta *legitima*, weil sie erst durch neuere Gesetze eine caussa ciuilis erlangt haben: L. 1. C. *de Pact. conuent.* Daher wird aus den pactis dotalibus die condictio ex lege 1. C. *de Pact. conuent.* angestellt, obwohl diese Klage auch zuweilen actio ex stipulatu genannt wird, weil jene Verträge im ältern R. R. nicht anders galten, als wenn sie in die Form einer stipulatio eingekleidet waren.

Die pacta dotalia können nun sowohl zwischen Mann und Frau, als auch zwischen dem Ehemanne und dritten Personen eingegangen werden, wie z. B. mit dem Schwiegervater oder einer

nicht zur Familie der Ehefrau gehörigen Person, dafern dieselbe eine Mitgift bestellt: L. 7. D. *de Pact. dotal.* und L. 20. §. 1. *eod.* und sind theils auf persönliche Verhältnisse, z. B. die Erziehung der Kinder, theils und hauptsächlich auf die Vermögensrechte der Ehegatten gerichtet, weshalb sie besondere Dispositionen über die dos, donatio propter nuptias, bona paraphernalia und receptitia zu enthalten pflegen. Sie können sowohl vor, als während der Ehe eingegangen werden, jedoch im erstern Falle nur dann rechtliche Wirkungen hervorbringen, wenn die Ehe wirklich zu Stande gekommen ist.

Was die Form der pacta dotalia betrifft, so ist zu der Gültigkeit derselben, wie zu der der Sponsalien, nur die gegenseitige Einwilligung erforderlich, wie aus der angeführten L. 1. C. *de Pact. conuent.* hervorgeht, nur sollen diejenigen Personen, welche die höchsten Staatswürden bekleiden, keine gültige Ehe schließen können, wenn sie nicht zu diesem Zwecke schriftliche Eheverträge (instrumenta dotalia) eingegangen haben: Nou. 117. c. 4. Auch gehört hierher noch die Bestimmung, daß, wenn durch pacta dotalia dem einen oder andern Ehegatten ein lucrum ausgesetzt wird, welches die Summe von 500 Dukaten übersteigt, die Eheverträge gerichtlich insinuirt werden müssen: Nou. 127. c. 2.

§. 295.

2. Einschränkungen.

Hinsichtlich ihres Inhaltes sind aber die pacta datalia folgenden Beschränkungen unterworfen:

1) sie dürfen keine Bestimmung enthalten, durch welche die Ehefrau bey ihren Lebzeiten der dos verlustig gehen würde, weil sie hierdurch an einer anderweiten Verheyrathung gehindert werden könnte. So sagt die L. 2. D. *de Iure dot.* „reipublicae interest, mulieres dotes saluas habere, propter quas nubere possint“ und daher der Grundsatz des R. R. „vxor non fieri debet *indotata* per pacta dotalia“: L. 1. D. *Soluto matrim.* und L. 3. C. *de Pact. conuent.* — Ein Anderes ist es, wenn ausgemacht wird, daß der Ehemann die dos für sich behalten solle, falls die Ehe durch den Tod der Frau getrennt würde. Diese Disposition hat das R. R. in mehreren Gesetzen für zuläßig erklärt: L. 12. pr. und L. 26. §. 2. D. *de Pact. dotal.* (§. 268.) Auch steht ein solches pactum mit dem Röm. Verbote der Erbverträge

keinesweges im Widerspruch, da es nur eine einseitige Verfügung enthält.

2) Die pacta dotalia sollen nichts festsetzen, was den guten Sitten zuwider läuft. Hierher gehören nach R. R. die pacta successoria (Erbverträge): L. 15. C. *de Pact.*, weil diese den Römern ein votum captandae mortis zu enthalten schienen und daher schlechterdings verboten waren.

3) Diejenigen Verfügungen sind ausgeschlossen, welche dem Zwecke der Ehe entgegenstehen, wie wenn die Ehegatten überein kämen, abgesondert von einander zu leben: c. 24. X. *de Iuraiur.*, ferner

4) wenn das dominium ciuile, welches dem Ehemanne an der dos zusteht, aufgehoben oder beschränkt wird, wie z. B. wenn er auf die Nutzungen der Mitgift Verzicht leisten und versprechen wollte, sie nach aufgelöster Ehe zugleich mit der dos zurückzugeben: L. 4. D. *de Pact. dotal.*, oder wenn ausgemacht würde, daß er die impensas necessarias, welche er auf die res dotales zu verwenden habe, aus eigenen Mitteln bestreiten solle: L. 5. §. 2. D. *eod.*

5) wenn das dominium naturale, welches der Ehefrau an ihrer Mitgift zusteht, aufgehoben oder beschränkt wird, z. B. daß der Ehemann berechtigt seyn solle, den fundus dotalis zu veräußern: L. vn. §. 15. C. *de Rei vxor. act.*, oder daß ihm die dos zufallen solle, wenn die Ehe bey Lebzeiten der Ehefrau aufgelöst würde: L. 1. §. 1. D. *de Dote praeleg.* (Vgl. auch num. 1.) und

6) wenn die Rechtswohlthat der Competenz, welche dem Ehemanne bey der restitutio dotis zu Statten kommt, durch pacta dotalia aufgehoben wird: L. 14. §. 1. D. *Soluto matrim.* (Vgl. oben: §. 287.)

§. 296.

Deutsches Recht.

Die Lehre von den Ehestiftungen hat in Deutschland eine bedeutende Modification durch die Erbverträge erlitten, welche das deutsche Recht, gegen das römische, für zuläßig erklärt. Hieraus geht hervor, daß nach deutschem Rechte durch die pacta dotalia auch die Succession unter den Ehegatten regulirt werden kann und hieraus ist die dem deutschen Rechte allein angehörige Eintheilung der pacta dotalia in *simplicia* und *mixta*

entstanden, jenachdem sie bloß die Verhältnisse unter Lebenden betreffen, oder zugleich auf das Erbrecht der Ehegatten gerichtet sind. Weil nun die letztern stets einen letzten Willen enthalten, so können sie nicht anders gültig errichtet werden, als entweder gerichtlich, oder vor fünf Zeugen, dahingegen die simplicia weder der gerichtlichen Insinuation, noch der Zeugen bedürfen. Die mixta können, als letzte Willen, bis zum Tode widerrufen werden, die simplicia in der Regel nicht, sie müßten denn, was auch nach R. R. erlaubt ist, eine Schenkung auf den Todesfall enthalten, oder es müßten, nach eingegangenen Eheverträgen, noch Kinder geboren werden, auf welche die pacta dotalia keine Rücksicht genommen hatten. Denn es gilt der Grundsatz: Kinderzeugen bricht Ehestiftung.

Dritter Artikel.

Von den Schenkungen unter Ehegatten.

§. 297.

1. Grund und Umfang des Verbotes.

Donationes inter virum et vxorem (Schenkungen unter den Ehegatten) werden nach R. R. als gänzlich unerlaubt betrachtet, dergestalt, daß sie ipso iure null und nichtig sind: L. 3. §. 10. D. *de Donat. inter vir. et vxor.* — Der Grund dieses Verbotes ist ein moralischer, weil das eheliche Band bloß durch beyderseitige Zuneigung, nicht aber durch Geschenke zusammengehalten werden soll, auch vielleicht, wenn solche Schenkungen gültig wären, durch Verweigerung derselben von Seiten des einen oder andern Ehegatten unzeitige Scheidungen herbeygeführt und solchergestalt die Ehen, wie sich die Quellen ausdrücken, käuflich werden könnten: L. 1. 2. und L. 3. pr. D. *eod.*

Das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten ist aber sehr umfassend, indem nicht nur diejenigen Schenkungen unzulässig sind, welche unmittelbar unter den Ehegatten selbst vorgenommen werden, sondern auch die, welche per indirectum zu Gunsten des einen oder andern Ehegatten geschehen. Dieses letztere Verhältniß stellt sich besonders in folgenden Fällen heraus:

1) wenn die Ehefrau den Kindern etwas schenkt, welche unter der väterlichen Gewalt des Ehemannes stehen: L. 3. §. 4.

eod., es müßte denn das Geschenkte von der Art seyn, daß es als peculium militare betrachtet werden könnte: ibid.

2) wenn die Ehefrau dem Vater ihres Ehemannes eine Schenkung macht, in dessen väterlicher Gewalt sich der letztere befindet: §. 6. *eod.*

3) wenn die Ehefrau dem Bruder des Ehemannes, der mit dem letztern zugleich in väterlicher Gewalt steht, oder wenn dieser Bruder der Ehefrau etwas schenkt: §. 2. *eod.*

4) wenn die Schenkung dem einen Ehegatten geschieht, dieser aber zu Gunsten des andern darauf Verzicht leistet: §. 10. *eod.* und

5) wenn der eine Ehegatte einer dritten Person (persona interposita) etwas schenkt, damit diese es dem andern Ehegatten zukommen lasse: §. 9. *eod.*, wo die Worte, nach richtigem Verständnisse, folgende seyn müssen: „non tantum autem per se maritus et vxor donare non possunt, sed nec per alios" und L. 5. §. 2. *eod.*

Uebrigens ist das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten nicht auf Schenkungen unter Verlobten zu erstrecken, diese müßten denn so eingegangen seyn, daß ihre Erfüllung in die Zeit der Ehe fiele: L. 5. pr. *eod.*, und eben so wenig auf andere Geschäfte unter den Ehegatten L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. D. *eod.* und L. 9. C. *eod.*, dafern nicht unter der Form derselben eine Schenkung verborgen liegt, wie z. B. wenn die Ehegatten eine wirkliche Schenkung eingehen, sie aber in die Form eines Kaufes einkleiden: L. 38. D. *de Contrah. emt.*, denn hier tritt der Grundsatz ein: plus valet, quod agitur, quam quod simulatur. Diese Regel macht sich auch in dem Falle geltend, wenn die Ehegatten, um einander etwas schenken zu können, zum Scheine ihre Ehe trennen, was freylich nur nach R. R. vorkommen konnte: L. 64. D. *de Donat. int. vir. et vxor.*

§. 298.

2. Rechtliche Wirkung des Verbotes.

Die lex prohibitiua, welche hier eintritt, ist eine lex perfecta (§. 88.), weil sie nicht nur das Versprechen einer Schenkung, sondern auch die bereits geschehene Erfüllung für ungültig erklärt: L. 3. §. 10. D. *de Donat. int. vir. et vxor.* Hieraus geht hervor:

1) daß der beschenkte Ehegatte nicht nur kein Eigenthum an der geschenkten Sache erwirbt, sondern nicht einmal in conditionem vsucapiendi kommt, d. h. das Eigenthum des fraglichen Gegenstandes nicht durch Verjährung erwerben kann, weil es ihm an einem iustus titulus fehlt: L. 26. pr. D. *eod.*,

2) daß der Beschenkte, wenn die Schenkung bloß noch in einem Versprechen besteht, auf Erfüllung des letztern keinesweges klagen kann: L. 3. §. 10. D. *eod.* und

3) daß der Schenkgeber zu jeder Zeit berechtigt ist, die Schenkung zu widerrufen, was auch stillschweigend geschehen kann, wie z. B. wenn der Ehemann den Sclaven, welchen er seiner Ehefrau auf den Todesfall geschenkt hatte, in seinem Testamente manumittirt: L. 22. D. *eod.* Der ausdrückliche Widerruf hingegen kann durch folgende Rechtsmittel geltend gemacht werden:

a. durch die rei vindicatio, wenn die geschenkten Sachen res nec fungibiles und noch in natura vorhanden waren: L. 5. §. 18. D. *eod.* und

b. durch die condictio sine caussa, wenn entweder die geschenkten res nec fungibiles nicht mehr vorhanden sind, oder wenn die Gegenstände res fungibiles sind: ibid. — Doch kann hinsichtlich derjenigen Sachen, welche für das geschenkte Geld angekauft worden sind, die rei vindicatio vtilis angestellt werden: L. 55. D. *eod*

§. 299.

3. Ausnahmen von dem Verbote.

Doch giebt es auch gewisse ausgenommene Fälle, in welchen die Schenkungen unter Ehegatten entweder gleich anfangs gültig sind, oder doch später noch gültig werden:

1) wenn durch die Schenkung der Schenknehmer nicht reicher, der Schenkgeber nicht ärmer wird. Dieß findet Statt:

a. wenn die Schenkung bloß auf den Todesfall des schenkenden Ehegatten gerichtet, also eine donatio mortis caussa ist, welche bis zum Tode widerrufen werden kann: L. 9. §. 2. D. *de Donat. int. vir. et vx.*

b. wenn die Schenkung eine donatio remuneratoria ist, durch welche eine von dem andern Ehegatten früher gemachte Schenkung ausgeglichen wird: L. 7. §. 2. *eod.*

c. wenn der eine Ehegatte zum Erben eingesetzt, der andere aber ihm substituirt oder der nächste Intestaterbe des Testator ist und der eingesetzte Ehegatte die Erbschaft ausschlägt: L. 5. §. 13. *eod.*

d. wenn dasselbe hinsichtlich eines Vermächtnisses geschieht und der andere Ehegatte entweder dem legatarius substituirt, oder zum Erben eingesetzt ist: L. 5. §. 14. *eod.*

e. wenn ein zum Erben eingesetzter Ehegatte dem andern ein Legat auszuzahlen hatte und im vorkommenden Falle berechtigt war, die quarta Falcidia abzuziehen, aber diesen Abzug unterläßt: L. 5. §. 15 *eod.*

f. wenn der eine Ehegatte dem andern eine Summe Geldes schuldig ist und diese vor dem festgesetzten Zahlungstermine entrichtet: L. 31. §. 6. *eod.*

g. wenn der eine Ehegatte Pfandgläubiger des andern ist und diesem Pfandrechte zu Gunsten des andern entsagt: L. 18. D. *Quae in fraud. creditor.*

h. wenn der eine Ehegatte dem andern aus Zuneigung den Gebrauch gewisser Gegenstände gestattet, wie z. B. von Kleidern, Schmucksachen u. dergl.: L. 18. D. *de Donat. int. vir. et ux.*

i. wenn der Ehemann zum Besten der Frau Ausgaben macht, deren Bestreitung ihm als onus matrimonii obliegt, z. B. die Kosten einer Reise, welche die Frau mit Bewilligung des Mannes unternimmt: L. 21. pr. *eod.* und

k. wenn die Schenkung so unbedeutend ist, daß sie nur als ein Zeichen der Zuneigung betrachtet werden kann: L. 7. §. 1. und L. 31. §. 8. u. 9. D. *eod.*

2) wenn der Zweck der Schenkung ein frommer oder die Unterstützung oder das Fortkommen des andern Ehegatten ist. Hierher gehören folgende Fälle:

a. wenn die Schenkung zum Wiederaufbau eines abgebrannten, oder zur Reparatur eines baufälligen Hauses gemacht wird: L. 14. *eod.* Doch gilt dieß natürlich nicht von der Erbauung eines neuen Hauses,

b. wenn die Schenkung dem Ehegatten deshalb gemacht wird, damit sich dieser den Weg zu einem öffentlichen Amte oder zu einer Würde bahnen könne: L. 40. *eod.*

c. wenn der Ehegatte dem andern zu dem Zwecke eine

Schenkung macht, daß dieser die Kosten seines Begräbnisses damit bestreiten oder ihm ein Denkmal setzen lassen könne: L. 5. §. 8—11. *eod.*

d. wenn der eine Ehegatte dem andern einen Sclaven schenkt, damit dieser denselben manumittiren solle: L. 7. §. 8. *eod.*

e. wenn die Schenkung zu Erbauung eines Heiligthumes oder zu Errichtung einer pia caussa geschieht: L. 5. §. 12. *eod.*

f. wenn der Ehemann seiner Frau die Zinsen eines ihm gehörigen Capitales überläßt: L. 15. §. 1. *eod.*

g. wenn bey einem diuortium bona gratia factum (bey einer Scheidung, welche durch gütliches Uebereinkommen der Ehegatten geschieht der eine dem andern etwas schenkt, damit er nach der Trennung nicht völlig mittellos sey: L. 11. §. 11. *eod.*

h. wenn die Schenkung geschieht, um den Ehegatten in seiner Verbannung zu unterstützen: L. 43. *eod.*

3) wenn die Schenkung zwischen dem Landesherrn und seiner Gemahlin Statt gefunden hat: L. 26. C. *eod.* und

4) wenn der schenkende Theil in der Ehe stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben: L. 10. C. *eod.* Zu näherer Erklärung dieser Vorschrift sind aber noch folgende Sätze zu merken:

a. wenn die Schenkung die Summe von 500 Dukaten übersteigt, so wird sie in ihrem ganzen Umfange durch den Tod des schenkenden Ehegatten nur dann gültig, wenn dieser sie in seinem letzten Willen ausdrücklich anerkannt hat: L. 25. C. *eod.*, sie müßte denn gerichtlich insinuirt worden seyn: ibid., obwohl es auffallend ist, daß diese L. 25. so wie auch die Nou. 162. c. 1. §. 2. die gerichtliche Insinuation auch auf die donationes inter coniuges bezieht, da doch der Richter schwerlich seine amtliche Auctorität zu Bestätigung eines aus moralischem Grunde verbotenen Geschäftes anwenden darf. — Was aber diejenigen Schenkungen betrifft, welche die gesetzliche Summe nicht übersteigen, so werden dieselben durch den Tod des schenkenden Ehegatten ex tunc gültig, d. h. von dem Augenblicke an, zu welchem die geschenkte Sache in den Besitz des beschenkten Ehegatten gekommen ist, weshalb denn dieser die bis zum Tode des schenkenden Ehegatten bezogenen Nutzungen keineswegs herauszugeben braucht: L. 25. C. *cit.* u. L. 45. D. *de Vsur.*

b. Für das bloße Versprechen aber, welches ohne Uebergabe der Sache erfolgt ist, hat der Tod des schenkenden Ehegatten jene bestätigende Wirkung nicht, daher die Erben des letztern keineswegs auf Erfüllung des Versprechens belangt werden können: L. 23. D. *de Donat. int. vir. et vx.* Wohl aber können

c. die Erben des schenkenden Ehegatten den von diesem geschehenen Widerruf geltend machen: L. 32. §. 4. D. *eod.* und deshalb ist es auch keinem Zweifel unterworfen, daß, wenn zu dem Vermögen des schenkenden Ehegatten, bey dessen Lebzeiten, Concurs ausbricht, die Gläubiger die dem andern Ehegatten geschenkten Sachen zurücknehmen können.

d. Wenn jedoch der beschenkte Ehegatte eher stirbt, als der schenkende, so ist die Schenkung ungültig: L. 6. C. *eod.* und wenn endlich

e. beyde Ehegatten zugleich umkommen, wie z. B. beym Schiffbruch, so nimmt das Gesetz an, daß der schenkende zuerst gestorben sey und die Schenkung bleibt gültig: L. 32. §. 14. D. *eod.*

Schlüßlich ist zu dieser Lehre noch zu bemerken, daß die allgemeine Vorschrift des R. R., nach welcher ungültige Geschäfte durch den Eid nicht aufrecht erhalten werden können: L. 7. §. 16. D. *de Pact.* auch auf die Schenkungen unter den Ehegatten anzuwenden ist und zwar nicht nur nach R. R., sondern auch nach canonischem: c. 8. X. *de Donat. int. vir. et vxor.* In dieser Gesetzstelle ist zwar nicht vom Eide die Rede, aber das Verbot jener Schenkungen ausdrücklich wiederholt. Die Aufrechterhaltung derselben durch den Eid ist aber in den vom canonischen Rechte aufgestellten Ausnahmen dieser Art nicht enthalten. (Vgl. §. 153.).

Vierter Artikel.

Von denjenigen Vermögensrechten der Ehegatten, welche nach der Scheidung derselben eintreten.

§. 300.

1. Im Allgemeinen.

Wenn die Ehe durch Scheidung (diuortium) aufgelöst wird, so erlischt das bisherige Verhältniß der Ehegatten zu einander

gänzlich und zwar dergestalt, daß alle Verfügungen, welche unter den Ehegatten, als solchen, für die Zukunft getroffen worden waren, oder im Gesetze enthalten sind, ihre Kraft ipso iure verlieren. Hierher gehören

1) alle letztwillige Dispositionen, welche der eine Ehegatte zu Gunsten des andern errichtet hatte: L. 49. §. 6. D. *de Legat. III.*

2) das gesetzliche Erbrecht der Ehegatten: L. vn. §. 1. D. *Vnde vir et vx.* und

3) alle pacta dotalia, welche die Ehegatten mit einander geschlossen haben, es müßten denn diese Ehestiftungen auf den Fall der Scheidung besondere Bestimmungen enthalten, welche dann allerdings in Kraft treten: Nou. 134. c. 10.

Bey diesen Wirkungen der Ehescheidung ist jedoch keine Rücksicht auf den besondern Fall genommen, daß die letztere durch die Schuld des einen oder andern Ehegatten herbeygeführt worden sey, denn dann treten noch andere Wirkungen ein, welche nun näher erklärt werden sollen.

§. 301.

2. Bestrafung des schuldigen Ehegatten.

Die gesetzlichen Strafen desjenigen Ehegatten, welcher durch seine Schuld die Scheidung herbeygeführt hat, theilen sich in allgemeine und besondere. Jene treffen den schuldigen Ehegatten in jedem Falle, sein Vergehen möge bestehen, worin es wolle, diese hingegen sind von dem Gesetze lediglich für den Fall des Ehebruchs vorgeschrieben und treffen den Schuldigen noch außer den allgemeinen Strafen.

1) Allgemeine Strafen.

Hier ist zu unterscheiden, ob eine dos inferirt war, oder nicht. Wenn im erstern Falle der Ehemann der schuldige Theil ist, so nimmt nicht nur die Ehefrau ihre Mitgift zurück, sondern bekommt auch noch außerdem die vom Manne bestellte donatio propter nuptias. Ist aber die Ehefrau der schuldige Theil, so fällt zur Strafe ihre dos dem Ehemanne zu: L. 8. §. 4. und L. 11. §. 1. u. 2. C. *de Repud.* — Im letztern Falle hingegen wird die schuldige Ehefrau an ihrem Vermögen gar nicht gestraft, ist aber der Ehemann der schuldige Theil, so ist zu unterscheiden, ob

derselbe drey oder mehr Kinder aus dieser oder einer frühern Ehe hat, oder weniger oder gar keine Kinder. In jenem Falle bekommt die Ehefrau aus dem Vermögen des Mannes einen Kindestheil (portio virilis), d. h. so viel, als nach dem Tode des Mannes jedes Kind desselben ab intestato erben würde, im letztern Falle aber erhält die Ehefrau vom Vermögen des Mannes den vierten Theil: Nou. 117. c. 5.

2) Besondere Strafen.

Wenn die Ehe wegen Ehebruchs getrennt wird und der Ehemann der schuldige Theil ist, so treffen ihn nicht nur die oben erwähnten, allgemeinen Vermögensstrafen, welche der Ehefrau zu Gute kommen, sondern er verliert auch außerdem noch sein ganzes übriges Vermögen. Doch hat auf dieses die Ehefrau keinen Anspruch, sondern dasselbe fällt zunächst an die Descendenten des Ehemannes, und wenn solche nicht vorhanden sind, an die Adscendenten des Ehemannes, endlich aber, wenn auch diese ermangeln, an den Fiscus: Nou. 134. c. 10.

Ist aber die Ehefrau der schuldige Theil, so soll sie zur Strafe in ein Kloster eingeschlossen werden und nicht nur ihre dos an den Ehemann verlieren, sondern diesem auch noch ein Drittheil von dem Betrage der dos aus ihrem übrigen Vermögen herausgeben. Was nun von diesem Vermögen noch außerdem übrig ist, soll zwischen den Descendenten der Ehefrau und dem Kloster, in welchem sie sich befindet, so getheilt werden, daß jenen zwey Drittheile, diesem ein Drittheil zufallen. Sollten keine Descendenten, wohl aber Adscendenten der Ehefrau vorhanden seyn, so bekommen diese ein Drittheil, das Kloster aber erhält zwey Drittheile und in Ermangelung der Adscendenten fällt Alles dem Kloster zu. Doch kann der Ehemann binnen zwey Jahren seine Frau wieder aufnehmen, in welchem Falle die sämmtlichen Strafen wegfallen, welches auch dann Statt findet, wenn beyde Theile sich des Ehebruchs schuldig gemacht haben: Nou. 134. c. 10. — Auch noch heut zu Tage muß nach gemeinem Rechte auf diese Strafen erkannt werden.

§. 302.

3. Actio rerum amotarum.

Amotio rerum: ablatio rei ex patrimonio coniugis ab altero coniuge ex metu diuortii vel mortis facta.

Bey Entwendungen unter den Ehegatten ist das R. R. von einer mildern Ansicht ausgegangen, als welche es beym Diebstahl geltend macht, weil sich die Ehegatten gewöhnlich in dem gemeinschaftlichen Besitze ihrer beyderseitigen Güter befinden und die Güter des andern Ehegatten, wenigstens in Hinsicht auf den Gebrauch, als ihre eigenen betrachten: L. 1. D. *Rerum amot.* — Wenn also während der Ehe ein Ehegatte dem andern etwas entwendet hat, so treten keinesweges die Grundsätze über das furtum ein, sondern es ist zu unterscheiden, ob die Entwendung in der Absicht geschah, sich zu bereichern, oder ob sie deshalb erfolgte, damit der Ehegatte, welcher die Entwendung vornahm, nach getrennter Ehe seinen Lebensunterhalt bestreiten könne. Im erstern Falle findet keine amotio rerum Statt, sondern eine Beeinträchtigung, wegen welcher die gewöhnlichen Civilklagen, nämlich: rei vindicatio, actio ad exhibendum, condictio sine caussa, condictio ob iniustam caussam und hereditatis petitio angestellt werden können: L. 6. §. 5. L. 22. §. 1. L. 24. u. 25. *eod.* Im letztern Falle aber tritt der eigentliche Begriff der amotio rerum ein, wegen welcher die vom Prätor eingeführte actio rerum amotarum erhoben werden kann: L. 1. *eod.* — Diese Klage, welche niemals während der Ehe, sondern nur nach Auflösung derselben, entweder vom verletzten Ehegatten selbst, oder von dessen Erben angestellt wird: L. 6. §. 3. *eod.*, ist auf die restitutio rei cum omni caussa oder, dafern die Sache selbst nicht mehr vorhanden ist, auf Erstattung des Werthes gerichtet: L. 21. §. 5. L. 3. §. 3. und L. 29. *eod.* — Auch kann sie gegen die Erben des schuldigen Ehegatten gebraucht werden, jedoch nur insoweit, als diese durch die Entwendung bereichert worden sind: L. 3. in fin. D. *eod.* und L. 3. C. *eod.*

Diese actio rerum amotarum wurde aber zunächst nur für den Fall eingeführt, daß die Entwendung ex metu *diuortii* geschehen wäre: L. 17. pr. in fin. D. *eod.* Doch haben die Gesetze auch eine analoge Klage auf den Fall gegeben, daß die Entwendung ex metu *mortis* begangen würde: L. 21. pr. *eod.* Daher wird die actio rerum amotarum in *directam* und *vtilem* getheilt.

Entwendungen, welche nach aufgelöster Ehe unter den Ehegatten vorfallen, werden zwar allerdings nach den Grundsätzen vom Diebstahle beurtheilt, jedoch dergestalt, daß nach reinem R. R. gegen den schuldigen Ehegatten nur die condictio furtiua

(als rei persequutoria), nicht aber die actio furti (als poenalis) angestellt werden kann: L. 2. §. 2. *eod*

Fünfter Artikel.

Von den Vermögens-Strafen, welche die zweyte Ehe nach sich zieht.

§. 303.

1. Römisches Recht.

Die secundae nuptiae waren bey den Römern in odio, weil man fürchtete, die Kinder der ersten Ehe möchten durch eine zweyte Ehe hinsichtlich des Vermögens verkürzt werden, weshalb denn das R. R. mehrere pecuniäre Nachtheile festsetzte, welchen Derjenige unterworfen seyn soll, der zur zweyten Ehe übergeht. Diese Nachtheile kommen unter dem Namen der poenae secundarum nuptiarum vor und setzen schlechterdings den Fall voraus, daß Kinder aus der ersten Ehe vorhanden sind, zu deren Gunsten sie bloß eingeführt sind. War also die erste Ehe kinderlos, so fallen jene Nachtheile von selbst hinweg: Nou. 22. c. 22.

Die poenae secundarum nuptiarum lassen sich aber in gemeinschaftliche und besondere eintheilen, jenachdem sie sowohl auf den Mann, als die Frau Anwendung leiden, oder sich nur auf die Frau beziehen, welche zur zweyten Ehe übergeht.

1) Gemeinschaftliche Strafen:

a. Derjenige Ehegatte, welcher zur zweyten Ehe übergeht, verliert die Proprietät an den lucris nuptialibus, die ihm bis jetzt zukam, und behält an den letztern bloß den vsusfructus: L. 3. und 5. C. *de Sec. nupt.* Die Proprietät fällt nämlich auf die Kinder der ersten Ehe, welche wegen derselben zu ihrer Sicherheit eine hypotheca tacita generalis an dem Vermögen ihres adscendens binubus haben: L. 8. §. 4. u. 5. C. *eod.* — Unter lucris nuptialibus sind aber zu verstehen: *α.* alle Güter, welche der coniux binubus aus dem Vermögen seines frühern Ehegatten in Hinsicht auf die Ehe entweder durch Gesetz oder durch Vertrag oder durch letzten Willen erworben hat. Hierher gehören die Brautgeschenke, die Hochzeitsgeschenke, die Schenkungen auf den Todesfall, die Vermächtnisse, die Erbschaft des verstorbenen Ehegatten: L. 3. C. *eod.* so wie Alles, was dem coniux

binubus durch die Scheidung von seinem frühern Ehegatten zugefallen ist: Nou. 22. c. 30. und β. diejenigen Güter, welche der coniux binubus von einem verstorbenen Kinde der ersten Ehe geerbt hat, soweit diese Güter von dem frühern Ehegatten herrühren. Hier kommt auch nichts darauf an, ob jenes Kind vor oder nach eingegangener, zweyter Ehe mit Tode abgegangen ist: Nou. 22. c. 46. §. 1.

b. Der coniux binubus darf seinem zweyten Ehegatten nicht mehr vermachen, als er demjenigen seiner Kinder erster Ehe hinterläßt, welches am Wenigsten bekommt. Will er also seinen zweyten Ehegatten vortheilhaft bedenken, so muß er dasselbe für die Kinder erster Ehe thun. Wenn er dieses nicht beobachtet, so wird Das, was er seinem zweyten Ehegatten zu viel hinterlassen hat, unter die sämmtlichen Kinder der ersten Ehe gleichmäßig vertheilt: L. 6. pr. C. *de Sec. nupt.* und

c. eben so, wie der coniux binubus seinen zweyten Ehegatten nicht mortis caussa vor den Kindern der ersten Ehe begünstigen darf, ist ihm dieses auch nicht inter viuos erlaubt und deshalb haben ihm auch die Gesetze eine Verminderung der dos (wenn der coniux binubus ein Frauenzimmer ist) oder der donatio propter nuptias (wenn er eine Mannsperson ist), welche für die zweyte Ehe bestellt worden war, gänzlich untersagt, weil hierunter leicht eine Schenkung für den zweyten Ehegatten, mithin eine Verkürzung der Kinder erster Ehe verborgen seyn könnte: Nou. 22. c. 31. — Wohl aber ist ihm eine Vermehrung der ausgesetzten Summe erlaubt: ibid.

2) Besondere Strafen treffen die Wittwe, welche sich vor Ablauf ihres Trauerjahres wieder verheyrathet, und zwar auch dann, wenn keine Kinder aus der frühern Ehe vorhanden sind. Die Strafen selbst aber sind:

a. die infamia iuris: L. 15. C. *Ex quib. caus. infam. irrog.*

b. sie darf ihrem zweyten Ehemanne nur den dritten Theil ihres Vermögens als dos einbringen oder überhaupt zu seinen Gunsten aussetzen oder hinterlassen: L. 1. C. *de Sec. nupt.*

c. sie verliert das Recht, durch letzte Willen zu erwerben, kann also weder als Testaments-Erbin, noch als Vermächtnißnehmerin auftreten: ibid.

d. sie darf ab intestato nur denjenigen Personen succediren, welche nicht entfernter, als im dritten Grade, mit ihr verwandt sind: ibid. und

e. sie verliert diejenigen Güter, welche ihr erster Ehemann ihr durch einen letzten Willen hinterlassen hatte. Diese fallen nun den Descendenten oder Abscendenten oder Geschwistern des ersten Ehemannes und, in Ermangelung der genannten Personen, dem Fiscus zu: ibid.

Abgesehen von diesen gesetzlichen Sanctionen kann auch der eine Ehegatte dem andern etwas unter der Bedingung hinterlassen haben, daß er sich nicht wieder verheyrathe. Dieß geht natürlich durch zweyte Eheschließung gänzlich verloren, ohne Frage, ob Kinder aus der frühern Ehe vorhanden sind, oder nicht: Nou. 22. c. 43. u. 44.

§. 304.

2. Heutiges Recht.

Die poenae secundarum nuptiarum des R. R. gelten heut zu Tage gar nicht, weil sie dem durch die christliche Kirche eingeführten fauor matrimonii entgegenstehen und auch der Staat die Ehe als das einzig wirksame Mittel zur Erhaltung der Sittlichkeit begünstigen muß. Wenn also heut zu Tage eine Ehe aufgelöst ist, so hat entweder die Gütergemeinschaft unter den Ehegatten bestanden und in diesem Falle kann der eine oder andere Ehegatte nicht eher zur zweyten Ehe übergehen, als bis er sich mit den Kindern der ersten Ehe völlig aus einander gesetzt hat, oder es findet bey getrennten Gütern die statutarische Erbfolge unter den Ehegatten Statt, kraft welcher der überlebende einen bestimmten Theil aus der Erbschaft des verstorbenen als Pflichttheil bekommt, der ihm nicht geschmälert werden kann. In beyden Fällen aber bekommt der überlebende Ehegatte seine Erbportion zu völlig freyer Verfügung und kann daher ohne Nachtheil zu einer zweyten Ehe übergehen.

Zweyter Titel.

Von der Legitimation.

§. 305.

Begriff und Arten.

Legitimatio: fictio iuris, qua liberi extra iustas nuptias procreati iura legitimorum consequuntur. Jede legitimatio ist eine fictio iuris, denn sie nimmt das Gegentheil dessen an, was in Wahrheit existirt, nur muß man hier einen verschiedenen Gesichtspunkt auffassen, jenachdem von der legitimatio per subsequens matrimonium oder per rescriptum principis die Rede ist. Bey jener bezieht sich nämlich die Fiction bloß auf die Zeit, zu welcher die Kinder geboren worden sind, und man nimmt an, daß dieß erst nach eingegangener Ehe erfolgt sey, obwohl es in Wahrheit vorher geschehen war. Bey der letztern hingegen ist eine doppelte Fiction vorhanden, indem man hier zuvörderst den wesentlichsten Umstand, nämlich die Ehe selbst, fingiren muß, dann aber auch, daß die zu legitimirenden Kinder aus dieser Ehe geboren sind.

Im R. R. ist die legitimatio dreyfach: 1) per subsequens matrimonium, welche Constantin d. Gr. eingeführt hat. Dieser wollte hierdurch dem Concubinate entgegen arbeiten und die Väter natürlicher Kinder zu Eingehung gültiger Ehen ermuntern, weshalb denn nach R. R. nur liberi naturales, d. h. solche, welche aus dem Concubinate erzeugt sind, legitimirt werden können. Dieses Gesetz Constantins wurde vom Kaiser Zeno erneuert: L. 5. C. *de Natural. lib.* und endlich noch von Justinian besonders sanctionirt: L. 10. C. *eod.*, 2) per oblationem s. dationem curiae. Diese wurde von Theodosius II. eingeführt und bestand darin, daß der Vater seinen filius naturalis zum Amte eines Decurionen bestimmte oder seine filia naturalis mit einem solchen verheyrathete: L. 3. C. *eod.* — Die Decurionen hatten bekanntlich die beschwerliche Amtsverrichtung, die Steuern und Abgaben einzutreiben. Endlich 3) per rescriptum principis, welche von Justinian herrührt: Nou. 74. c. 1.

Manche Rechtslehrer statuiren noch eine vierte Gattung, nämlich die legitimatio *per nominationem filii*, indem sie sich auf Nou. 117. c. 2. berufen. Hier ist aber nur eine Rechts-

präsumtion aufgestellt, nämlich daß diejenigen Kinder als eheliche anzusehen sind, mithin den Beweis ihrer ehelichen Geburt nicht zu führen brauchen, welche der Vater in einem letzten Willen oder in einer von drey Zeugen unterschriebenen Urkunde seine Kinder genannt hat, was jedoch den Beweis des Gegentheiles nicht ausschließt.

Weil nun die legitimatio per oblationem curiae auf unsere heutige Verfassung keine Anwendung leidet, so kann die folgende Darstellung nur auf die erste und dritte Art der Legitimation gerichtet werden.

I. Legitimatio per subsequens matrimonium.

§. 306.

1. Begriff und Erfordernisse.

Legitimatio per subsequens matrimonium: quae eo efficitur, quod pater liberorum illegitimorum matrem eorum in matrimonium legitimum ducit.

Diese Legitimation muß folgenden Erfordernissen entsprechen:

1) die zu legitimirenden Kinder müssen naturales, also aus dem Concubinate geboren seyn: L. 5. C. *de Natural. lib.*

2) die Aeltern derselben müssen eine gültige Ehe schließen: ibid. — Wenn also dieser Ehe ein impedimentum dirimens entgegen steht, so kann sie die Wirkung der legitimatio nicht herbeyführen.

3) bey Eingehung dieser Ehe müssen nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes instrumenta dotalia d. h. schriftliche Eheverträge abgefaßt werden: L. 10. C. *eod.* Diese Verfügung hat ihren Grund darin, daß nach R. R. zur gültigen Eheschließung weiter nichts erfordert wurde, als die gegenseitige Erklärung des consensus matrimonialis, weshalb denn jene instrumenta dotalia als ein Zeichen der Bestätigung angesehen wurden.

4) Weil aber zu dieser Legitimation die wirklich geschlossene Ehe erfordert wird, so versteht es sich von selbst, daß bloße sponsalia dazu nicht ausreichend sind. Endlich ist

5) zur gültigen Legitimation durch nachfolgende Ehe auch die Einwilligung der zu legitimirenden Kinder nothwendig: Nov. 89. c. 11. pr.

§. 307.

2. Rechtliche Wirkungen.

Durch die legitimatio per subsequens matrimonium werden die aus dem Concubinate geborenen Kinder den ehelichen völlig gleich gestellt, mithin von der leuis nota befreyt und der väterlichen Gewalt unterworfen: L. 10. C. *de Natural. lib.* und §. vlt. Inst. *de Nupt.* Hierdurch erwerben sie aber auch das Recht der Notherben, kraft dessen sie nicht nur dem Vater und dessen Abscendenten und Seitenverwandten ab intestato succediren, sondern auch den Pflichttheil fordern können, ohne Unterschied, ob sie mit ehelichen Kindern concurriren, oder nicht: Nou. 89. c. 8. pr.

II. Legitimatio per rescriptum principis.

§. 308.

1. Begriff und Erfordernisse.

Legitimatio per rescriptum principis: quae, absque nuptiis cum matre liberorum illegitimorum contractis, interueniente principis rescripto celebratur.

Die Erfordernisse dieser Legitimation sind:

1) die zu legitimirenden Kinder müssen ebenfalls naturales seyn: Nou. 89. c. 9.

2) der Ehe zwischen den Aeltern der zu legitimirenden Kinder darf kein impedimentum dirimens entgegenstehen, weil bey dieser legitimatio die Ehe selbst fingirt werden muß, eine fictio iuris aber niemals auf etwas Unerlaubtes gerichtet werden darf.

3) Es muß aber auch ein factischer Umstand vorhanden seyn, welcher die Eingehung der Ehe hindert, wie z. B. der Tod der Mutter: Nou. 89. c. 9.

4) Der Vater darf nicht schon eheliche Kinder haben: Nou. 74. c. 2. pr. und Nou. 89. c. 9.

5) Auch hier ist die Einwilligung der zu legitimirenden Kinder unumgänglich nothwendig: Nou. 89. c. 11. pr. Endlich ist

6) erforderlich, daß der Vater selbst beym Landesherrn um die Legitimation ansuche: Nou. 89. c. 9. §. 1. — Doch giebt es hiervon eine Ausnahme. Wenn nämlich der Vater gestorben

ist, aber in einem letzten Willen erklärt hat, daß er seinem filius naturalis erlaube, um die Legitimation beym Landesherrn anzusuchen, so kann dieser die letztere selbst auswirken, wenn er zu diesem Behufe den letzten Willen beybringt: Nou. 74. c. 2. — Diese Art der legitimatio per rescriptum principis nennt man legitimatio *per testamentum*.

§. 309.

2. Rechtliche Wirkungen.

Abgesehen von der eben erwähnten legitimatio per testamentum kommen die durch Rescript legitimirten Kinder stets in die väterliche Gewalt, werden daher von der leuis nota befreyt und erwerben das Recht der Notherben, so daß sie nicht nur ab intestato in die väterliche Erbschaft succediren, sondern auch den Pflichttheil aus derselben fordern können: Nou. 89. c. 8. pr.— Dieses Erbrecht bezieht sich aber bey dieser Legitimation nur auf den Vater. Denn das ius sanguinis, d. h. das Recht, den väterlichen Verwandten zu succediren, hat ein solcher legitimatus nur dann, wenn die Letztern zur Legitimation ihre ausdrückliche Einwilligung ertheilt haben: arg. L. 6. u. 7. D. *de Adopt*.

§. 310.

Heutiges Recht.

Dem heutigen Rechte ist der Concubinat, als eine erlaubte Geschlechtsverbindung, völlig unbekannt, mithin auch der Römische Begriff der liberi naturales. Das heutige Recht wendet daher die Legitimation auf andere Arten unehelicher Kinder an. Es können nämlich heut zu Tage alle uneheliche Kinder legitimirt werden, jedoch mit folgenden Unterscheidungen:

1) vulgo quaesiti (qui patrem demonstrare non possunt): nur per rescriptum principis und zwar durch die unten zu erklärende, nur dem deutschen Rechte bekannte legitimatio *minus plena*,

2) incestuosi: ebenfalls nur per rescriptum principis, ausgenommen, wenn die nachfolgende Ehe deshalb Statt gefunden hat, weil von dem verbotenen Grade der Verwandtschaft oder Schwägerschaft dispensirt wurde (§. 245.),

3) adulterini: eben so wohl per subsequens matrimonium, als per rescriptum principis. Denn wenn auch das c. 6. X.

Qui filii sint legit. ausdrücklich sagt, daß der aus dem Ehebruche erzeugte Sohn selbst dann ein spurius und von der Erbschaft des Vaters ausgeschlossen bliebe, wenn seine Aeltern sich späterhin geheyrathet hätten, so fügt es doch folgende Schlußworte hinzu: „praesertim, si in mortem vxoris prioris alteruter eorum (der ehebrecherischen Aeltern) aliquid fuerit machinatus". Hieraus geht nicht nur eine Milderung des in diesem Gesetze enthaltenen Urtheiles hervor, sondern man hat für die erwähnte Decretale eine authentische Interpretation im c. 1. 3. u. 6. X. *de Eo, qui duxit in matrim.* Wenn nämlich in diesen päpstlichen Rescripten die Ehe zwischen Ehebrechern erlaubt ist, dafern sie nicht dem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben getrachtet und sich nicht schon bey Lebzeiten desselben die Ehe versprochen haben (§. 240.), so müssen, abgesehen von diesen beyden ausgenommenen Fällen, auch die liberi adulterini durch nachfolgende Ehe legitimirt werden können.

Uebrigens bindet man sich heut zu Tage bey der legitimatio per rescriptum principis nicht mehr an die Verordnungen des R. R., daß der von den Aeltern etwa einzugehenden Ehe kein impedimentum dirimens entgegenstehen, daß der Vater nicht schon eheliche Kinder haben dürfe und daß die Eingehung der Ehe wegen eines factischen Umstandes unmöglich seyn müsse. Nur für den Fall, daß der Vater schon eheliche Kinder hat, ist die Modification der Particularrechte zu erwähnen, daß die ehelichen Kinder durch die Legitimation unehelicher nicht in ihrem Pflichttheile geschmälert werden dürfen.

Endlich gab die Anrüchigkeit der unehelichen Kinder in Deutschland noch Veranlassung, daß eine besondere Art der legitimatio per rescriptum principis eingeführt wurde, welche auf das Verhältniß des Legitimirten zu seinem Vater gar keinen Einfluß hat, sondern sich lediglich auf die staatsbürgerlichen Rechte des Legitimirten selbst, nämlich auf die Aufhebung der leuis nota bezieht. Diese wird daher nicht vom Vater, sondern von dem legitimandus selbst oder einer andern Person, besonders der Mutter, nachgesucht und hieraus schreibt sich die dem R. R. so wie dem canonischen unbekannte Eintheilung der legitimatio per rescriptum principis in *plenam* und *minus plenam* s. *germanicam* her. Letztere ist: quae ab ipso legitimando, aliaue persona, praeterquam patre, solam ad abstergendam leuis notae maculam petitur.

Dritter Titel.

Von der Adoption.

§. 311.

Begriff und Eintheilung.

Adoptio (Annahme an Kindesstatt): fictio iuris, qua in locum filii vel nepotis adsciscitur is, qui talis non est, vel esse desiit: L. 1. pr. D. *de Adoptionib.* und §. 5. Inst. *eod.*

Die Adoption war bey den Römern von viel größerer Wichtigkeit, als bey uns, weil bey ihnen die Familien-Verhältnisse einen weit höhern Werth hatten, als heut zu Tage, weshalb auch die Adoptionen bey uns seltener sind, zumal da die Vortheile der Succession, die auch noch jetzt aus der Adoption hervorgehen, sich mit derselben Wirkung durch letzte Willen oder durch Erbverträge erreichen lassen.

Die Adoption wird, nach Maaßgabe des definirten Begriffes, stets auf eine Person gerichtet, welche nicht die Rechte eines Sohnes oder Enkels hat, selbige aber durch die Adoption erhalten soll. Diese Person hat nun entweder die erwähnten Rechte niemals gehabt, oder sie ist zwar allerdings derselben früher theilhaftig gewesen, hat sie jedoch später wieder verloren. Dieser letztere Fall bezieht sich nämlich auf den filius emancipatus, der von seinem Vater durch Adoption wieder in die Familie aufgenommen wird, deren Mitglied zu seyn er durch Emancipation aufgehört hatte. Hierher gehören die Schlußworte der Definition: vel esse desiit. Vgl. L. 12. D. *eod.*

Die adoptio zerfällt in zwey Hauptgattungen. Sie ist nämlich entweder 1) *arrogatio*: quae ad hominem *sui iuris* (patremfamilias) se refert, oder 2) *adoptio in specie*: quae hominem alieni iuris (filiumfamilias) respicit: L. 1. §. 1. D. *eod.* Beyde Gattungen bewirken eine capitis deminutio minima und zwar die arrogatio, weil ein paterfamilias seine Selbstständigkeit verliert und in einen filiusfamilias verwandelt, mithin einer aliena potestas unterworfen wird, die adoptio in specie, weil ein filiusfamilias die Sohnesrechte, welche er bisher gehabt hatte, verliert und in eine andere Familie übertritt: §. 3. Inst. *de Capitis demin.* und L. 23. u. 44. D. *de Adopt.*

§. 312.

Rechtliche Natur der Adoption.

Diese läßt sich durch folgende Grundregeln bezeichnen:

1) Adoptio imitatur naturam: §. 4. Inst. *de Adopt.* und L. 16. D. *eod.* Die Adoption bewirkt eine Nachbildung oder ein Surrogat des durch die Natur begründeten Verhältnisses zwischen Vater und Sohn, oder zwischen Großvater und Enkel. Aus dieser Regel folgt zweyerley:

a. wer adoptiren will, muß von Natur fähig seyn, Kinder zu zeugen. Aus diesem Grunde sind von dem Rechte, zu adoptiren, Frauenzimmer und Castraten ausgeschlossen. In Betreff der erstern geben die Institutionen noch den besondern Grund an, daß Frauenzimmer nicht fähig wären, die väterliche Gewalt auszuüben: §. 10. Inst. *de Adopt.* Dieser Grund ist aber nicht ausreichend, weil nicht durch jede Adoption, wie weiter unten gesagt werden soll, die väterliche Gewalt erworben wird. — Doch wird den Frauenzimmern ausnahmweise das Recht zu adoptiren durch Dispensation des Landesherrn gestattet, obwohl sie auch in diesem Falle keine väterliche Gewalt erwerben, sondern der Adoptirte bloß das Recht empfängt, den Pflichttheil aus ihrer Erbschaft zu fordern und ihnen ab intestato zu succediren: §. 10. *cit.* und L. 5. C. *eod.* — Was aber die Castraten anlangt, so sind diese wegen völligen Unvermögens, Kinder zu zeugen, von jeder Adoption ausgeschlossen: §. 9. Inst. *eod.*, keinesweges aber die Spadonen, weil bey diesen die Wiederherstellung des Zeugungsvermögens erwartet werden kann: L. 2. §. 1. und L. 40. §. 2. D. *eod.* und

b. es muß zwischen dem Lebensalter des adoptans und dem des adoptandus ein verhältnißmäßiger Abstand vorhanden seyn, wie er im leiblichen Verhältnisse nach der Natur Statt findet. Wer nämlich als Vater adoptiren will, muß wenigstens 18 Jahre älter seyn, als der adoptandus, wer als Großvater adoptiren will, muß wenigstens 36 Jahre älter seyn, als der adoptandus: L. 40. §. 1. D. *eod.*

2) Adoptio in solatium improlium est introducta: L. 5. C. *eod.* Hieraus geht hervor:

a. daß nur Diejenigen adoptiren können, welche nicht selbst leibliche Kinder, oder schon Adoptivkinder haben: L. 17. §. 3. D. *eod.*, und

b. daß bloß Derjenige adoptiren darf, welcher keine Hoffnung mehr hat, selbst leibliche Kinder zu erzeugen, wofür das R. R. das 60ste Jahr festgestellt hat: L. 15. §. 2. D. *eod.*

3) Adoptio iterari non debet. Wenn der Adoptivvater den Adoptivsohn emancipirt oder in Adoption gegeben hat, so kann er denselben nicht auf's Neue adoptiren: L. 37. §. 1. D. *eod.*, was jedoch keineswegs von dem emancipirten leiblichen Sohne gilt: L. 12. D. *eod.*

Uebrigens ist noch über die rechtliche Natur der Adoption zu bemerken, daß dieselbe nicht zum Vorwande des Eigennutzes und der Habsucht dienen soll, weshalb denn der Reichere nicht von dem Aermern adoptirt werden kann, wenn nicht eine völlig geordnete Lebensweise des letztern bekannt ist: L. 17. §. 4. D. *eod.* und aus demselben Grunde darf ein Vormund oder Curator seinen Pflegebefohlenen erst nach beendigter Verwaltung und abgelegten Rechnungen adoptiren: L. 17. *cit.* pr.

Nach den beyden Hauptgattungen der Adoption zerfällt nun die folgende Darstellung von selbst in zwey Theile, nämlich in die Lehre von der arrogatio und von der adoptio in specie.

I. Von der Arrogatio.

§. 313.

1. Erfordernisse.

Die arrogatio, im Gegensatze der adoptio in specie, muß folgenden Erfordernissen entsprechen:

1) es muß die ausdrückliche Einwilligung des arrogandus vorhanden seyn, weil dieser durch die Arrogation seine Selbstständigkeit verliert: L. 5. D. *de Adopt.*

2) die Bestätigung von Seiten des Landesherrn: §. 1. Inst. *eod.* und L. 2. pr. D. *eod.*

3) Ganz besondere Grundsätze treten ein, wenn der arrogandus ein impubes ist und also unter Vormundschaft steht. Hier wird nämlich erfordert:

a. daß die competente Obrigkeit die Gründe genau untersuche, aus welchen die arrogatio geschieht, damit weder der Person, noch dem Vermögen des arrogandus ein Nachtheil zugefügt werde: L. 17. §. 2. D. *eod.*

b. die Einwilligung des Vormundes: L. vlt. C. *de Auct. praest.*,

c. die Einwilligung der nächsten Verwandten und zwar derjenigen, welche den impubes, wenn er als solcher mit Tode abgienge, beerben würden. Denn diese Verwandten haben den Verlust ihres Erbrechtes zu fürchten: §. 3. Inst. *de Adopt.* und darum ist auch

d. der pater arrogans verbunden, eine Caution zu leisten, durch welche er die Intestaterben des impubes sicher stellt, daß sie das ganze Vermögen desselben ausgeantwortet bekommen sollen, wenn der Letztere vor erlangter Pubertät (denn dann kann er ein gültiges Testament errichten) mit Tode abgehen würde: L. 2. C. *eod.*

e. der pater arrogans muß versprechen, daß er den arrogandus vor erlangter Pubertät nicht ohne triftigen Grund emancipiren wolle: §. 3. Inst. *eod.* Als iusta caussa emancipationis ist der Umstand zu betrachten, daß der filius arrogatus durch gute Aufführung bewiesen hat, er sey der Selbstständigkeit fähig und würdig: ibid. In diesem Falle muß der pater arrogans dem filius arrogatus das ganze Vermögen herausgeben, welches ihm derselbe zugebracht hatte: ibid.

f. Wenn aber der pater arrogans den filius arrogatus ohne triftigen Grund emancipirt, oder in seinem Testamente enterbt, so hat der Letztere nicht nur sein eigenes Vermögen zurückzunehmen, welches er dem pater arrogans zugebracht hatte, sondern kann auch noch den vierten Theil von dessen Erbschaft fordern: ibid. und L. 2. C. *eod.* Vgl. auch L. 22. pr. D. *eod.* und L. 1. §. 21. D. *de Collat.* Dieser vierte Theil ist unter dem Namen der quarta diui Pii bekannt, weil der Kaiser Antoninus Pius sie eingeführt hat.

§. 314.

Rechtliche Wirkungen.

Die arrogatio bringt, wenn sie obigen Erfordernissen entspricht, folgende rechtliche Wirkungen hervor:

1) der arrogans erwirbt die väterliche Gewalt und zwar nicht nur über den arrogatus selbst, sondern auch über dessen Kinder: L. 2. §. 2. D. *de Adopt.*

2) der arrogatus erleidet eine capitis deminutio minima: §. 3. Inst. *de Capitis dem.* und tritt in alle Verhältnisse eines leiblichen Kindes ein, weshalb denn zwischen Vater und Sohn ein gegenseitiges Erbfolgerecht Statt findet, kraft dessen Beyde nicht nur einander ab intestato succediren, sondern auch den Pflichttheil fordern können: arg. L. 23. D. *de Adopt.* — Aber die iura sanguinis erwirbt der filius arrogatus nicht, d. h. er kann den Verwandten des pater arrogans nicht succediren: ibid., es müßten denn dieselben in seine Arrogation ausdrücklich eingewilligt haben: arg. L. 6. u. 7. D. *eod.*

4) Vor Justinian begründete die arrogatio eine successio vniuersalis unter Lebenden, nämlich der pater arrogans wurde gleich nach geschehener Arrogation vollständiger und unbeschränkter Eigenthümer des ganzen ihm vom filius arrogatus zugebrachten Vermögens. Aber Justinian hob diese successio vniuersalis auf und ertheilte dem pater arrogans an dem Vermögen des filius arrogatus bloß dasjenige Recht, welches jeder leibliche Vater an dem Vermögen seiner Kinder hat, nämlich den vsusfructus, welcher also ein legalis ist, weil er unmittelbar auf dem Gesetze beruht. Stirbt aber der filius arrogatus, so erwirbt der pater arrogans allerdings die Proprietät jenes Vermögens, dafern der Verstorbene nicht Kinder hinterlassen hat, in welchem Falle der pater arrogans sich wiederum mit dem vsusfructus begnügen muß, der aber auch nur so lange dauert, als sich die Arrogativ-Enkel in seiner väterlichen Gewalt befinden: §. 2. Inst. *de Adquisit. per arrogat.*

II. Von der Adoptio in specie.

§. 315.

1. Erfordernisse.

Der adoptio in specie sind folgende Erfordernisse vorgeschrieben:

1) die Einwilligung des leiblichen Vaters: L. 5. D. *de Adopt.*

2) die Einwilligung des adoptandus, welche jedoch keine ausdrückliche zu seyn braucht, indem es hinreicht, wenn der Letztere der Adoptionshandlung beywohnt, ohne derselben zu widersprechen: L. vlt. C. *eod.* Wenn Jemand als Enkel adoptirt werden soll, so daß die Fiction eintritt, er sey der Sohn Desjenigen, der sich

schon als Sohn in der väterlichen Gewalt des Adoptirenden befindet, so bedarf es auch der Einwilligung des Sohnes: §. 7. Inst. *eod.* und L. 6. D. *eod.*

3) die Bestätigung von Seiten der competenten Obrigkeit: §. 1. Inst. *eod.* und L. 2. pr. D. *eod.*, vor welcher der leibliche, der Adoptivvater und der adoptandus erscheinen müssen: L. vlt. C. *eod.*

§. 316.

2. Rechtliche Wirkungen.

In Hinsicht auf die rechtlichen Wirkungen, welche die Adoption im engern Sinne hervorbringt, ist vorerst die Eintheilung der letztern in plenam und minus plenam zu erklären, welche dem Justinianeischen Rechte ihre Entstehung verdankt: L. 10. C. *de Adopt.* und §. 2. Inst. *eod.*

Adoptio plena: quae fit ab adscendente et patriam potestatem tribuit.

Adoptio minus plena: quae ab alia persona, praeterquam adscendente, peragitur et adoptato ius succedendi ab intestato praebet.

Die adoptio plena kann also nur von einem Adscendenten ausgehen, dieser Adscendent aber eben so gut ein mütterlicher, als väterlicher seyn, so daß z. B. der mütterliche Großvater seinen Enkel adoptirt, oder der väterliche Großvater den Sohn seines emancipirten Sohnes an Kindes Statt annimmt: §. 2. Inst. *eod.* Denn wenn die Emancipation des Sohnes nicht Statt gefunden hat, so ist die Adoption ganz überflüssig, weil dann schon an und für sich der Enkel zugleich mit seinem Vater in der väterlichen Gewalt des Großvaters steht. — Doch das muß man immer fest im Auge halten, daß der adoptandus kein homo sui iuris seyn darf, weil sonst keine adoptio in specie, von welcher hier allein die Rede ist, sondern eine arrogatio Statt finden würde, wohin auch der oben erklärte Fall zu rechnen ist, daß der leibliche Vater seinen emancipirten Sohn wieder an Kindes Statt annimmt. Darum kann aber die Adoption im engern Sinne niemals vom leiblichen Vater ausgehen.

Die adoptio minus plena kann von jeder andern Person, außer den Adscendenten, geschehen, also entweder von einem Seitenverwandten des adoptandus, oder auch von einem Fremden,

welcher gar nicht zur Familie des adoptandus gehört. — Völlig unstatthaft ist aber die von Einigen statuirte Annahme an Bruders Statt: L. 7. C. *de Hered. inst.* —

Jenachdem nun die Adoption im engern Sinne entweder plena, oder minus plena ist, sind auch die rechtlichen Wirkungen verschieden, welche sie hervorbringt:

a. Rechtliche Wirkungen der adoptio *plena*:

1) der Adoptivvater erwirbt auf den adoptatus die väterliche Gewalt, woraus denn hervorgeht, daß der leibliche dieselbe verliert: §. 2. Inst. *de Adopt.* Aber die Kinder des Adoptirten bleiben in der väterlichen Gewalt des leiblichen Großvaters: L. 40. pr. D. *eod.*, dahingegen die, welche erst nach der Adoption erzeugt werden, in die väterliche Gewalt des Adoptiv-Vaters kommen: L. 27. D. *eod.*

2) der Adoptirte erwirbt das Recht eines Notherben und kann daher nicht nur ab intestato seinem Adoptivvater succediren, sondern auch den Pflichttheil aus dessen Erbschaft verlangen: L. 23. D. *eod.* Beyde Rechte würden nun zwar dem Adoptirten auch ohne Adoption zustehen, weil er stets ein leiblicher Descendent des Adoptivvaters ist, sie nehmen aber durch die Adoption eine andere und vortheilhaftere Gestalt an, weil nun der Adoptirte sein Erbrecht nicht als Enkel oder Urenkel, sondern als Sohn geltend macht. Vom ius sanguinis, nämlich vom Rechte, die Verwandten des Adoptivvaters zu beerben, braucht hier nicht besonders gesprochen zu werden, da der Adoptirte ohnehin schon zur Familie des Adoptivvaters gehört.

3) der Adoptirte kommt mit seinem Adoptiv-Vater in eine doppelte Verwandtschaft, nämlich er befindet sich bereits mit demselben in cognatione *naturali*, weil er dessen leiblicher Descendent ist und tritt nun auch mit ihm in cognationem *ciuilem* s. *legalem* ein, weil er von ihm adoptirt wird: §. 2. Inst. *eod.*

b. Rechtliche Wirkungen der adoptio *minus plena*:

Diese lassen sich auf ein einziges Recht zurückführen, welches darin besteht, daß der Adoptirte seinem Adoptivvater ab intestato succediren kann: L. 10. C. *eod.* Dieses Gesetz Justinians hat sich sehr ausführlich über die adoptio minus plena verbreitet und seine Hauptresultate sind folgende:

1) durch die adoptio minus plena wird der status familiae

des Adoptirten auf keine Weise verändert. Er bleibt vielmehr, nach wie vor, in der väterlichen Gewalt seines leiblichen Vaters;

2) der Adoptirte wird nicht Notherbe seines Adoptiv-Vaters, kann also aus dessen Erbschaft keinen Pflichttheil verlangen, sondern nur dann als Erbe auftreten, wenn ihn der Adoptivvater zum Erben eingesetzt, oder wenn derselbe gar kein Testament errichtet hat. Hieraus folgt, daß der Adoptirte ein Testament seines Adoptivvaters, in welchem er übergangen ist, keinesweges anfechten kann;

3) umgekehrt hat aber der Adoptivvater kein Recht, seinen Adoptivsohn zu beerben;

4) der Adoptirte hat keine iura sanguinis, d. h. er kann den Verwandten seines Adoptivvaters nicht succediren;

5) er erwirbt auch in der Regel nicht den Namen und Stand des Adoptivvaters und

6) weil er in der väterlichen Gewalt seines leiblichen Vaters bleibt, so behält er auch gegen diesen alle Kindesrechte, namentlich aber auf den Pflichttheil und die Intestat-Succession, so daß, wenn die letztere eintritt, der Adoptirte gesetzlicher Erbe von beyden Vätern wird.

Vierter Titel.

Von den Wirkungen der väterlichen Gewalt.

§. 317.

Einleitung.

Die rechtlichen Wirkungen, welche die väterliche Gewalt hervorbringt, lassen sich überhaupt in zwey Classen eintheilen, jenachdem sie sich bloß auf die Personen der Kinder beziehen, oder das Vermögen derselben zum Gegenstande haben. Manche Rechtslehrer pflegen diese Wirkungen auch so zu trennen, daß sie zwischen der patria potestas *naturalis* und *ciuilis* unterscheiden und der erstern diejenigen Wirkungen zuschreiben, welche schon das Naturrecht anerkennt, der letztern aber die, welche auf dem positiven Gesetze beruhen. Doch sind bey dieser Distinction die Grenzen nicht scharf genug zu bezeichnen.

§. 318.

I. Wirkungen der väterlichen Gewalt in Hinsicht auf die **Personen** der Kinder.

Das neuere R. R. und besonders das Justinianeische hegt hier viel mildere Ansichten, als das ältere. So sind namentlich das ius vitae et necis, vendendi, noxae dandi und exponendi gänzlich aufgehoben: L. vn. C. *de His, qui parent. vel lib. occid.* — L. 1. C. *de Patrib., qui fil. suos distrax.* — §. 7. Inst. *de Noxal. act.* — L. 2. C. *de Infantib. expos.* — Hiernach bleiben heut zu Tage dem Vater gegen die Personen seiner Kinder nur noch folgende Rechte übrig:

1) ius domesticae castigationis: das Recht einer vernünftigen und mäßigen Züchtigung, welches nicht nur dem Vater selbst, sondern auch der Mutter und den sogenannten Respects-Personen gegen die minderjährigen Kinder zusteht, jedoch unbeschadet der Gesundheit und der Ehre derselben ausgeübt werden muß, weil widrigenfalls die Obrigkeit einschreiten soll: L. vn. C. *de Emendat. propinquor.* — Wenn aber eine solche Züchtigung nicht den gewünschten Erfolg hat, so kann der Vater gegen das hartnäckige Kind auch obrigkeitliche Hülfe in Anspruch nehmen: L. 3. C. *de Patria potest.*,

2) ius dandi in adoptionem: L. 5. D. *de Adopt.*

3) in die Verheyrathung der Kinder einzuwilligen: L. 2. D. *de Ritu nupt.*,

4) den Aufenthaltsort der Kinder zu bestimmen: L. 1. §. 2. D. *Ad municipal.*,

5) die Kinder zu häuslichen Dienstverrichtungen (operis oeconomicis) anzuhalten: arg. L. 3. D. *de Vsu et vsufr.*,

6) den unmündigen Kindern im Testamente einen Vormund zu bestellen: §. 3. Inst. *de Tutel.*,

7) den unmündigen Kindern pupillariter zu substituiren: pr. Inst. *de pupill. substit.*,

8) das Recht, von jedem Dritten, welcher dem Vater seine Kinder vorenthält, dieselben mit dem interdictum de liberis exhibendis zurück zu fordern: L. 1. §. 2. D. *de Rei vind.*,

9) das Recht, von den Kindern eine reuerentia specialis zu fordern, nämlich die Ehrerbietung oder den Respect, welchen alle

Kinder unter allen Umständen ihren Aeltern schuldig sind: L. 9. D. *de Obsequ. parent.* Hieraus geht hervor:

a. daß Verbrechen gegen Aeltern härter bestraft werden, als wenn sie gegen andere Personen begangen worden wären: §. 6. Inst. *de Publ. iud.*,

b. daß Kinder gegen ihre Aeltern keine Criminal=Anklagen erheben dürfen: L. 17. C. *de His, qui accus. non poss.*,

c. daß Kinder gegen ihre Aeltern kein remedium famosum, d. h. kein solches Rechtsmittel gebrauchen dürfen, welches der Ehre der Aeltern nachtheilig ist, wohin z. B. die actio und exceptio doli, so wie die actio iniuriarum gehören: L. 2. D. *de Obsequ. parent.* und

d. daß Kinder, welche gegen ihre Aeltern eine erlaubte Klage anstellen wollen, zu diesem Zwecke erst die Genehmigung des competenten Richters einholen müssen: L. 4. §. 1. D. *de In ius voc.*,

10) das Recht des Vaters, wegen einer seinen Kindern zugefügten Beleidigung die actio iniuriarum gegen den Beleidiger anzustellen und diesen auf Ersatz des pecuniären Schadens zu belangen: L. 1. §. 3. D. *de Iniur.* — L. 5. §. 2. in fin. D. *Ad leg. Aquil.* Endlich nimmt das R. R. noch

11) zwischen dem Vater und seinen Kindern eine vnitas personarum an: L. vlt. in fin. C. *de Impub. et al. subst.*, welche folgende Wirkung hervorbringt:

a. zwischen dem Vater und seinen Kindern können keine gültigen Rechtsgeschäfte eingegangen werden: §. 6. Inst. *de Inutil. stipul.* und L. 2. pr. D. *de Contrah. emt.* Doch stellt dieses letztere Gesetz eine Ausnahme hinsichtlich des peculium militare auf, und eben so ist auch die constitutio dotis von Seiten des Vaters nicht nur erlaubt, sondern sogar befohlen: L. vlt. C. *de Dot. prom.* Vgl. auch L. 3. §. 5. D. *de Minorib.* — Aus jener Regel geht nun hervor, daß nicht nur Käufe, Pachtungen ꝛc. zwischen Vater und Kindern, so lange diese unter väterlicher Gewalt stehen, ungültig sind, sondern auch Schenkungen: L. 2. §. 2. D. *Pro hered.*, obwohl die letztern durch den Tod des Schenkgebers, wie bey Ehegatten, gültig werden: L. 31. §. 2. D. *de Donat.* und L. 25. C. *de Donat. int. vir. et vx.* Doch ist es dem Sohne gestattet, sich für seinen Vater zu verbürgen: L. 10. §. 2. D. *de Fideiuss.* Eben so kann sich der Vater für eine Verbindlichkeit, die sein Sohn gegen ihn übernommen hat, gültiger

Weise einen Bürgen bestellen lassen, was aber nicht umgekehrt Statt findet: L. 56. §. 1. D. *eod.* — Endlich ist hierbey noch zu bemerken, daß aus Rechtsgeschäften, welche zwischen Vater und Kindern während der väterlichen Gewalt eingegangen werden, doch eine obligatio *naturalis* entsteht, die nach aufgehobener, väterlicher Gewalt durch eine exceptio geltend gemacht werden kann: L. 38. §. 1. D. *de Condict. indeb.* (Vgl. §. 108.),

b. der Vater kann in der Regel mit seinen Kindern keine Processe führen, es müßten denn dieselben solche Rechte betreffen, welche das Anerkenntniß, die Ausübung oder die Auflösung der väterlichen Gewalt zum Gegenstande haben: L. 5. §. 7. D. *de Agnosc. et al. lib.* — L. 91. D. *de Condit. et demonstr.*,

c. das Kind, welches bis zum Tode seines Vaters in dessen väterlicher Gewalt gestanden hatte, ist suus heres und braucht zum Erbschaftsantritte keine ausdrückliche Handlung vorzunehmen: L. 11. D. *de Lib. et postum.* und

d. der Vater darf bey der Testaments-Errichtung des Sohnes und letzterer bey der des erstern nicht Zeuge seyn: §. 9. u. 10. Inst. *de Testam.*, welches Verbot auch von allen übrigen Rechtsgeschäften gilt, durch welche der eine oder andere Theil etwas erwirbt: L. 20. §. 3. D. *Qui test. fac. poss.*

II. Wirkungen der väterlichen Gewalt in Hinsicht auf das **Vermögen** der Kinder.

§. 319.

1. Begriff des peculium.

Der Begriff des peculium ist sehr alt und läßt sich bis zu den frühesten Zeiten der Römer zurückführen. Sein Ursprung ist in der Verordnung des alten R. R. zu suchen, daß Kinder, welche sich in väterlicher Gewalt befinden, kein eigenes Vermögen besitzen können, sondern daß Alles, was sie erwerben, dem Vater eigenthümlich zugehört. Es konnte aber nicht fehlen, daß die Väter ihren Söhnen zuweilen gewisse Güter zu eigener Verwaltung oder Verfügung überließen und daß hierdurch gewissermaaßen ein abgesondertes Vermögen entstand, welches man peculium nannte. Dieser Begriff wurde durch spätere Gesetze noch weiter ausgebildet und so entstand nach und nach die Lehre des heutigen R. R. vom *peculium* (Sondergut): complexus bonorum, quae filiusfamilias a bonis paternis separata habet. Vgl. L. 5. §. 4.

D. *de Pecul.*, welche freylich nur von Sclaven handelt, aber auf diese Lehre vollkommene Anwendung leidet.

§. 320.

2. Eintheilungen.

Das peculium ist überhaupt von doppelter Art:

1) *militare*: quod occasione militiae adquiritur, und

2) *paganum*: quod praeter militiam ad liberos peruenit.

Das Wort militia kommt hier in dem ächt römischen Sinne vor, in welchem es nicht nur den Kriegsdienst, sondern überhaupt das öffentliche Leben bezeichnet, vorzüglich aber öffentliche Aemter und überhaupt Dienste, welche dem Staate geleistet werden. Darum ist das peculium doppelt, nämlich entweder *castrense*: quod per militiam sagatam adquiritur: L. 11. D. *de Castrensi pecul.* oder *quasicastrense*: quod per militiam togatam adquiritur: L. 1. §. 6. D. *Ad SC. Trebell.*

Zu dem peculium *castrense* werden folgende Güter gerechnet:

1) die zur Leistung der Kriegsdienste nöthige Ausrüstung, welche man heut zu Tage Equipage nennt: L. 1. C. *de Castrensi pecul.*,

2) Alles, was der filiusfamilias durch den Kriegsdienst erwirbt: L. 11. D. *eod.* Hierher gehört der Sold, die Beute, so wie Alles, was er sich dafür angeschafft hat, welches dann auch in Grundstücken bestehen kann: L. 1. C. *eod.*,

3) die Erbschaften, Vermächtnisse und Geschenke, welche dem filiusfamilias von seinen Cameraden zufallen: L. 1. u. 4. C. *eod.*, endlich aber:

4) die Erbschaft, welche dem filiusfamilias, während er Kriegsdienste leistet, von seiner Ehefrau hinterlassen wird: L. 13. u. 16. pr. D. *eod.*

Das ist aber wohl zu merken, daß die Eigenschaft des peculium castrense nicht durch willkührliche Bestimmung von Seiten eines Schenkgebers oder Erblassers entstehen kann, welcher nicht ein Camerad des filiusfamilias ist oder gewesen ist: L. 8. D. *eod.*

Das peculium quasicastrense umfaßt aber

1) Alles, was der filiusfamilias zu dem Zwecke erhalten hat, daß er eine Wissenschaft oder Kunst erlernen solle, wohin also

namentlich die Stipendien gehören: arg. L. 50. D. *Famil. ercisc.*,

2) was er durch Verwaltung eines öffentlichen Amtes erwirbt: L. 7. C. *de Assessorib.*,

3) was er vom Landesherrn oder dessen Gemahlin geschenkt bekommt: L. 7. C. *de Bon. quae lib.* und

4) wenn der filiusfamilias ein Geistlicher ist, so kann er über Alles, was er auf rechtliche Weise besitzt, oder erwirbt, sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall frey verfügen, auch über dasjenige Vermögen, welches er nicht seinem geistlichen Amte verdankt: Nou. 123. c. 19.

Das peculium *paganum* ist ebenfalls von doppelter Art, nämlich

1) *profectitium*: quod a patre vel ab alia persona *respectu patris* ad filiumfamilias peruenit: §. 1. Inst. *Per quas person. cuique adquir.* — Die Worte: respectu patris sind eben so zu verstehen, wie oben (§. 272.) bey der Definition der *dos* profectitia die Worte: eorumue nomine.

2) *aduentitium*: quod filiofamilias aliunde adquiritur, quam a patre vel tertio intuitu patris: L. 6. pr. C. *de Bon. quae lib.* Hierher gehört besonders das Vermögen, welches die Kinder von ihrer Mutter erwerben, so wie Alles, was ihnen durch die zweyte Ehe ihres Vaters zufällt und was sie, abgesehen von diesen Verhältnissen, von dritten Personen bekommen: ibid.

§. 321.

3. Rechte des Vaters an dem peculium:

a. militare.

Das peculium militare, es sey nun castrense oder quasicastrense, ist im R. R. dergestalt privilegirt, daß in dieser Beziehung die Abhängigkeit des Sohnes gänzlich wegfällt, letzterer vielmehr als paterfamilias betrachtet wird: L. 2. D. *de SC. Maced.* Hieraus geht hervor:

1) daß der Sohn am peculium militare nicht nur die Proprietät, sondern auch Verwaltung und Nießbrauch hat, und sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall, mit Ausschluß seines Vaters, völlig frey darüber verfügen kann: L. 7. C. *de Bon. quae lib.* und pr. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.*,

2) daß der Sohn hinsichtlich des peculium militare mit seinem Vater gültige Rechtsgeschäfte abschließen kann: L. 15. §. 1. D. *de Castrens. pecul.*

3) daß dasselbe mit fremden Personen Statt finden kann und diese, als Gläubiger, das peculium militare in seinem ganzen Umfange in Anspruch nehmen können: L. 2. D. *de SC. Maced.* und L. 4. D. *de Iudic.* und ganz besonders

4) daß der filiusfamilias sich in Hinsicht auf Geschäfte, welche er über sein peculium militare eingegangen hat, nicht auf die Rechtswohlthat des SC. Macedonianum berufen darf: L. 1. §. 3. D. *de SC. Maced.* — Nach Inhalt dieses Senatusconsultes kann nämlich ein filiusfamilias auf Wiederbezahlung eines von ihm aufgenommenen Darlehnes nicht belangt werden.

§. 322.

b. Paganum:

α. profectitium.

Am peculium paganum *profectitium* haben die Kinder, so lange sie sich in väterlicher Gewalt befinden, durch das Gesetz selbst gar keine Rechte: pr. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* und §. 1. Inst. *Per quas person. cuique adquir.*, sondern können nur diejenigen daran ausüben, welche ihnen der Vater augenblicklich gestattet, weshalb denn der letztere die ihnen zugestandenen Rechte zu jeder Zeit und nach seinem Belieben zurücknehmen kann: L. 31. §. 2. D. *de Donat.* Demungeachtet ist es kein Widerspruch, solche Güter peculium zu nennen, weil

1) wenn die Kinder zu einer Zeit, zu welcher ihnen die Verwaltung des peculium zugestanden war, in Hinsicht auf dasselbe Rechtsgeschäfte eingegangen haben, aus diesen gegen den Vater mit der actio de peculio geklagt werden kann: L. 21. §. 4. D. *de Pecul.*, auch der Fall denkbar ist, daß in Beziehung auf dieses peculium der Vater selbst Gläubiger oder Schuldner seines Sohnes wird: arg. L. 9. §. 2. D. *eod.*

2) weil die Kinder dieses peculium nach aufgelöster, väterlicher Gewalt behalten dürfen, wenn der Vater es bis dahin nicht zurückgenommen hat: L. 31. §. 2. D. *de Donat.* und

3) weil, wenn das Vermögen des Vaters confiscirt wird, das peculium profectitium verschont bleiben muß: L. 3. §. 4. in fin. D. *de Minorib.*

§. 322.

β. Aduentitium:

αα. regulare.

Die Rechte, welche dem Vater an dem peculium paganum *aduentitium* zustehen, richten sich nach der Eintheilung des letztern in regulare und irregulare.

Regulare s. *ordinarium*: in quo liberis sola proprietas, patri vero vsusfructus et administratio competit: L. 1. C. *de Bon. matern.*

Irregulare s. *extraordinarium*: in quo liberi non tantum proprietatem, verum etiam vsumfructum et administrationem habent: L. vlt. §. 1. C. *de Bon. quae lib.*

Ueber das peculium *regulare* gelten folgende Grundsätze:

1) Obwohl dem Vater an diesem peculium der Nießbrauch zusteht, braucht er doch wegen der Ehrerbietung, welche ihm die Kinder schuldig sind, keine cautio vsufructuaria zu leisten und keine Rechnungen abzulegen: L. 8. §. 4. C. *eod.*

2) Wohl aber ist der Vater verbunden, für Erhaltung des peculium Sorge zu tragen: L. 1. C. *de Bon. matern.* und es steht deshalb auch den Kindern eine hypotheca tacita generalis an dem Vermögen ihres Vaters zu: L. 6. in fin. C. *de Bon. quae lib.*

3) Der Vater muß auch die mit dem peculium verbundenen Lasten tragen: L. 1. C. *de Bon. matern.*

4) Wenn das peculium in rebus nec fungibilibus besteht, so darf es der Vater auf keine Weise veräußern: L. 2. C. *eod.* es müßte denn ein Dritter gewisse Forderungen an dem peculium haben und diesen auf andere Art nicht genügt werden können: L. 8. §. 4. C. *de Bon. quae lib.*

5) Aber eben so wenig steht den Kindern ein Veräußerungsrecht an diesem peculium zu, ja, sie können, merkwürdiger Weise, nicht einmal darüber testiren und sogar dann nicht, wenn der Vater einwilligt: pr. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* Der Grund dieses Verbotes liegt darin, daß die Testaments-Errichtung iuris publici ist, mithin nur von selbstständigen Staatsbürgern, nicht aber von einem homo alieni iuris ausgehen kann. Eine wichtige Ausnahme von dieser Regel gründet sich auf das canonische Recht, nach welchem ein filiusfamilias über sein peculium paga-

num gültiger Weise zu Gunsten einer pia caussa testiren kann, dafern der Vater hierzu seine Einwilligung ertheilt: c. 4. *de Sepultur. in VI.* und

6) nach aufgelöster, väterlicher Gewalt muß der Vater dieses peculium vollständig wieder herausgeben: Nov. 118. c. 2., es müßte denn die Auflösung durch freywillige Emancipation geschehen seyn, in welchem Falle der Vater die Hälfte des vsusfructus unter dem Namen des praemium emancipationis behält: §. 2. Iust. *Per quas person. cuique adquir.*

§. 324.

ββ. Irregulare.

Das peculium aduentitium *irregulare* kann in folgenden Fällen eintreten:

1) wenn derjenige, welcher einem filiusfamilias etwas schenkt oder vermacht, die ausdrückliche Verordnung hinzufügt, daß der Vater von den Rechten an diesem peculium gänzlich ausgeschlossen seyn solle: Nov. 117. c. 1.

2) wenn der Vater auf Verwaltung und Nießbrauch an dem peculium aduentitium *regulare* freywillig Verzicht leistet, dafern dieß nur nicht in fraudem creditorum geschieht: L. 6. §. 2. C. *de Bon. quae lib.*

3) wenn der Sohn wider den Willen des Vaters etwas erwirbt, wie z. B. wenn der Vater eine dem Sohne angefallene Erbschaft ausschlägt, der Sohn sich aber für den Antritt derselben erklärt: L. 8. §. 1. C. *eod.*

4) wenn der Vater als fiduciarius die Pflicht auf sich hatte, dem Sohne die Erbschaft herauszugeben, auf den Fall, daß dieser nicht mehr in seiner väterlichen Gewalt seyn würde, der Vater aber mit dieser Erbschaft übel wirthschaftet. Hier soll der Vater zur Strafe die Erbschaft sogleich restituiren und der Verwaltung sowohl, als des Nießbrauchs daran gänzlich verlustig gehen: L. 50. D. *Ad SC. Trebell.*

5) wenn der Sohn zugleich mit dem Vater seinen verstorbenen Bruder ab intestato beerbt. In diesem Falle wird der Erbtheil des Sohnes dem vsusfructus des Vaters entzogen: Nov. 118. c. 2.

6) wenn das dem Sohne zufallende Recht von der Art ist, daß es nur von diesem selbst ausgeübt werden kann, z. B. das ius militiae: L. 3. §. 7. D. *de Minorib.*

7) wenn ein filiusfamilias sich in väterlicher Gewalt eines furiosus befindet und in einem Testamente zum Erben eingesetzt wird. Hier steht dem Sohne über die ihm angefallene Erbschaft völlig freye Verfügung zu: L. 52. pr. D. *de Adquir. vel om. her.* und

8) wenn der Vater wegen einer Ehescheidung, bey welcher er der schuldige Theil war, einen gewissen Theil seines Vermögens an die Kinder hat abtreten müssen: Nov. 134. c. 11. (Vgl. §. 301.).

Da nun an diesem peculium adventitium *irregulare* der Vater durchaus gar keine Rechte hat, so könnte es auf den ersten Anblick scheinen, als ob es in seinem rechtlichen Begriffe mit dem peculium *militare* vollständig überein käme, allein es unterscheidet sich von demselben durch folgende zwey Merkmale:

1) daß der Sohn über das peculium adventitium irregulare keinen letzten Willen errichten kann: pr. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* und

2) daß er hinsichtlich dieses peculium die Rechtswohlthat des SC. Macedonianum vorschützen kann: arg. L. 1. §. 3. D. *de SC. Maced.*

Fünfter Titel.

Von Auflösung der väterlichen Gewalt.

§. 323.

1. Durch den Tod.

Die väterliche Gewalt kann entweder durch den Tod des filiusfamilias aufgelößt werden, oder durch den Tod derjenigen Person, welcher bis jetzt die väterliche Gewalt zustand. Im letztern Falle werden jedoch die Kinder nicht immer von der väterlichen Gewalt befreyt, oder sui iuris, sondern gehen auch zuweilen ipso iure in die väterliche Gewalt einer andern Person über. Dieß findet nämlich dann Statt, wenn der Großvater stirbt, welcher bisher seinen Sohn und dessen Kinder in seiner väterlichen Gewalt gehabt hatte. Hier wird zwar der Sohn sui iuris, aber die Kinder desselben kommen nun in die väterliche Gewalt ihres Vaters und tauschen daher nur mit der Person, welche die väterliche Gewalt gegen sie ausübt: pr. Inst. *Quib. mod. ius patr. potest. solu.*

§. 326.

2. Durch capitis deminutio.

Hierher gehören alle drey Arten der capitis deminutio, nämlich die *maxima*: §. 3. Inst. *Quib. mod. ius patr. pot. solu.* die *media*: §. 1. Inst. *eod.* und die *minima*: §. 3. Inst. *de Cap. dem.*, sie mögen nun auf Seiten des Vaters, oder auf Seiten der Kinder Statt finden. Heut zu Tage interessirt uns besonders noch die capitis deminutio *minima*. Diese tritt hinsichtlich des Vaters ein, wenn sich derselbe arrogiren läßt: §. 11. Inst. *de Adopt.* und in Bezug auf die Kinder, wenn sie in adoptionem *plenam* gegeben werden: §. 2. Inst. *eod.*

§. 327.

3. Durch Würden und Ehrenstellen.

Nach Vorschrift der Nov. 81. pr. und c. 1. wird die väterliche Gewalt jederzeit dann aufgelöst, wenn der Sohn ein öffentliches Amt oder eine Würde erlangt, welche von der Verpflichtung befreyt, decurio zu werden: dignitas a curia liberans. Hierher gehören: 1) consules ordinarii, 2) praefecti praetorio, 3) magistri militum, 4) episcopi und 5) patricii. Unter diesen letztern sind die vornehmsten Mitglieder der Nation zu verstehen, welche der Kaiser in seinen Staatsrath zu berufen pflegte, also die geheimen Räthe.

Heut zu Tage kann diese Art der Auflösung väterlicher Gewalt gar nicht mehr vorkommen, weil der filiusfamilias, welcher ein öffentliches Amt bekleidet, sich entweder von den Einkünften dieses letztern selbst ernähren kann, oder nicht. In jenem Falle tritt er ipso iure aus der väterlichen Gewalt, aber nicht wegen seines Amtes, sondern wegen der unten zu erwähnenden separata oeconomia, im letztern aber bleibt er trotz seinem Amte in der väterlichen Gewalt.

§. 328.

4. Zur Strafe.

Die Strafe, welche in der Auflösung der väterlichen Gewalt besteht, kann sowohl die Kinder, als den Vater treffen. Der erstere Fall tritt bloß heut zu Tage und zwar dann ein, wenn die

Kinder bereits puberes sind und sich in diesem Alter der väterlichen Liebe und Fürsorge gänzlich unwürdig gemacht haben. Die Handlung des Vaters, wodurch in diesem Falle die väterliche Gewalt aufgelöst wird, nennt man abdicatio (Lossagung), welche aber nicht mit der emancipatio verwechselt werden darf, weil diese letztere nur mit Einwilligung der Kinder Statt findet. Wenn aber der Vater den Verstoßenen wieder aufnimmt, so wird die väterliche Gewalt wieder hergestellt. Nach R. R. aber kann durch abdicatio die väterliche Gewalt nicht aufgelöst werden: L. 6. C. *de Patria potest.*

Den Vater trifft aber die Strafe: 1) wenn er sein Kind ausgesetzt hat: L. 2. C. *de Infant. expos.* 2) wenn er nuptias incestas eingeht: Nou. 12. c. 2. 3) wenn er seine Töchter prostituirt: L. 6. C. *de Spectac.* und 4) wegen übermäßiger Züchtigung: L. vlt. D. *Si a parente quis manum.*

§. 329.

5. Durch extinctive Verjährung.

Unter Bezugnahme auf L. 1. C. *de Patr. pot.* und L. 25. D. *de Adopt.* statuirt man auch eine extinctive Verjährung der väterlichen Gewalt, wenn sich der filiusfamilias 10 Jahre inter praesentes und 20 Jahre inter absentes als homo sui iuris gerirt hat, ohne daß der Vater widersprach. Heut zu Tage kann dieß nicht mehr vorkommen, weil sich der Sohn während der erwähnten Zeit nicht hätte als paterfamilias geriren können, wenn er nicht im Stande gewesen wäre, sich selbst zu ernähren. Hat er dieß aber gekonnt, so ist er in Folge der separata oeconomia schon vor Ablauf jener Zeit von der väterlichen Gewalt befreyt und bedarf also nicht erst der Verjährung.

§. 330.

6. Durch Emancipation:

a. Begriff und Eintheilung.

Emancipatio: actus sollemnis, quo filiusfamilias e patria potestate ita dimittitur, vt sui iuris fiat.

Nach den verschiedenen Zeitperioden des R. R. ist die emancipatio dreyfach:

1) vetus, welche nach dem bey den alten Römern beliebten Formenwesen auf einem sehr weitläuftigen Wege bewerkstelligt wurde und deren Erklärung in die Institutionen gehört: §. 6. Inst. *Quib. mod. ius patr. pot. solu.*

2) Anastasiana, welche durch landesherrliches Rescript ausgewirkt wird: ibid. und L. 5. C. *de Emancipat.*

3) Iustinianea, welche unter Bestätigung der competenten Obrigkeit geschieht: §. 6. Inst. *cit.* und L. 6. C. *cit.* In diesem letztern Gesetze hat Justinian die emancipatio vetus ausdrücklich aufgehoben, die Anastasiana bestätigt und die Iustinianea eingeführt, so daß dem Vater zwischen diesen beyden letztern Arten die Wahl gelassen ist.

§. 331.

b. Von der emancipatio Iustinianea in's Besondere:

α. Erforderniſſe.

Der emancipatio Iustinianea sind folgende Erfordernisse vorgeschrieben:

1) die Einwilligung des Vaters: §. 10. Inst. *Quib. mod. ius patr. pot. solu.* Der Vater kann also in der Regel nicht gezwungen werden, seine Kinder aus der väterlichen Gewalt zu entlassen, ausgenommen

a. wenn ein filius *arrogatus*, welcher als impubes arrogirt worden war, nach erlangter Pubertät aus triftigen Gründen die Emancipation verlangt: L. 32. pr. D. *de Adopt.*

b. wenn der Vater sich für Annahme eines Vermächtnisses erklärt hat, welches ihm unter der Bedingung hinterlassen worden ist, daß er seinen Sohn emancipire: L. 92. D. *de Conditionib.* — Eine dritte Ausnahme, welche hier gewöhnlich angeführt wird, nämlich wenn der Vater seine Kinder gemißhandelt hat, wurde wohl passender oben (§. 328.) unter den Fällen aufgestellt, in welchen der Vater zur Strafe seiner väterlichen Gewalt verlustig geht. —

2) die Einwilligung des zu emancipirenden Kindes: Nou. 89. c. 11., es müßte denn

a. noch infans: L. 5. in fin. C. *de Emancipat.*, oder

b. ein Adoptivkind seyn: L. 10. pr. C. *de Adopt.*

Doch braucht die Einwilligung der Kinder keine ausdrückliche zu seyn, es ist vielmehr genug, wenn sie nur nicht widersprechen: L. 6. C. *de Emancipat.* — Endlich

3) die obrigkeitliche Bestätigung: L. 6. *cit.* Hier wird erfordert, daß der Vater sich mit dem zu emancipirenden Kinde vor seiner competenten Obrigkeit persönlich einfinde und seinen Willen erkläre.

§. 332.

β. Rechtliche Wirkungen.

Die einzelnen rechtlichen Wirkungen, welche die emancipatio (sowohl Iustinianea, als Anastasiana) hervorbringt, sind folgende:

1) daß der emancipatus ein homo sui iuris wird: L. 5. C. *de Emancipat.* — Doch giebt es hiervon eine Ausnahme, wenn der emancipatus durch adoptio plena in die väterliche Gewalt eines entferntern Abscendenten gekommen und von diesem emancipirt worden war. Hier wird der emancipatus nicht sui iuris, sondern tritt wieder in die väterliche Gewalt seines leiblichen Vaters zurück: L. 10. pr. in fin. C. *de Adopt.*,

2) daß die zwischen Vater und Kind bisher bestandene vnitas personarum aufhört (§. 318.),

3) das praemium emancipationis (§. 323.),

4) die tutela legitima, welche der Vater über seine emancipirten Kinder erwirbt, dafern diese noch unmündig sind: §. vn. Inst. *de Legit. parent. tut.*

Folgende Verhältnisse bleiben aber zwischen Vater und Kindern auch nach der Emancipation bestehen:

1) das gegenseitige Erbfolgerecht, kraft dessen Vater und Kinder sich nicht nur ab intestato beerben, sondern auch den Pflichttheil fordern können: §. 11. u. 12. Inst. *de Heredit. quae ab intestato defer.* — §. 3. Inst. *de Exhered. lib.*,

2) die reuerentia specialis der Kinder gegen ihre Aeltern (§. 318.),

3) die gegenseitige Verbindlichkeit zur Leistung von Alimenten, wenn sich die fraglichen Personen ihren Lebensunterhalt nicht selbst verdienen können (§. 215.) und

4) das Recht des Vaters, heut zu Tage auch der Mutter, in eine von den Kindern zu schließende Ehe einzuwilligen (§. 238. u. 318.).

§. 333.

Heutiges Recht in Deutschland über die Auflösung der väterlichen Gewalt.

In Deutschland hat man hinsichtlich der Auflösung der väterlichen Gewalt zwey dem R. R. völlig unbekannte Rechtsinstitute eingeführt, nämlich die emancipatio *particularis* und die separata oeconomia.

1) Emancipatio particularis. Diese ist durch Gewohnheit in manchen Gegenden Deutschlands hergebracht und als eine Folge der vnitas personarum zwischen Vater und Sohn zu betrachten. Wenn nämlich der Vater mit seinem Sohne, der sich in seiner väterlichen Gewalt befindet, ein Rechtsgeschäft abschließen will, so kann dieß nicht anders geschehen, als wenn er denselben rücksichtlich dieses Geschäftes vorher emancipirt, also vor der Obrigkeit aus der väterlichen Gewalt entläßt. Diese Art der Emancipation ist aber, als eine überflüssige, durch entgegenstehenden Gerichtsbrauch fast überall außer Uebung gekommen, weil sie sich eben aus der Abschließung des Geschäftes von selbst ergiebt und, wenn der Sohn noch unmündig ist, ohnehin die Bestellung eines tutor specialis von Seiten der competenten Obrigkeit erfolgen muß. Jenes Institut hat nun aber zu der Eintheilung der emancipatio in *vniuersalem* und *particularem* Veranlassung gegeben, jenachdem der Sohn entweder gänzlich, oder nur zum Zwecke eines bestimmten mit dem Vater abzuschließenden Geschäftes aus dessen Gewalt entlassen wird.

2) Separata oeconomia. Die emancipatio Iustinianea ist auch heut zu Tage in Deutschland anerkannt, sie kommt aber höchst selten vor, weil das deutsche Recht einen eigenthümlichen Weg zur Auflösung der väterlichen Gewalt eingeschlagen hat, nämlich die *separata oeconomia*: ratio, qua filiusfamilias auxilio paterno non amplius indiget, sed semetipsum sustentare potest. Dieses Verhältniß tritt also dann ein, wenn sich die Kinder auf irgend eine erlaubte Art ihren Lebensunterhalt selbst verschaffen können, sey dieß nun durch eigenes Vermögen, durch ein Amt, welches sie bekleiden, durch ihr Gewerbe, ihre Wissenschaft oder

Kunst. Diese Bestimmung gilt nicht nur von den Söhnen, sondern auch von den Töchtern, von beyden aber nur dann, wenn sie volljährig sind, was jedoch nicht so verstanden werden darf, als ob die bloße Volljährigkeit, ohne separata oeconomia, von der väterlichen Gewalt befreyte. Zu der separata oeconomia bedarf es der väterlichen Einwilligung keinesweges, auch ist es nicht nöthig, daß die Obrigkeit davon in Kenntniß gesetzt werde, oder daß die Kinder das väterliche Haus wirklich verlassen, dieselben können vielmehr mit ihrem Vater nach wie vor Wohnung und Kost theilen, wenn sie nur dazu ihren Beytrag entrichten.

Endlich giebt es noch eine besondere Gattung der separata oeconomia, welche nur auf die Töchter paßt und zwar mit der Verheyrathung derselben eintritt. Durch diese hört die väterliche Gewalt ipso iure auf und es ist hier kein Unterschied zwischen volljährigen und minderjährigen Töchtern, so wie auch der Umstand, daß der Vater einen jährlichen Zuschuß giebt, keine Aenderung bewirkt.

Drittes Capitel.

Von der Vormundschaft und Curatel.

Erster Titel.

Von der Vormundschaft.

Erste Abtheilung.

Von der Vormundschaft im Allgemeinen.

§. 334.

1. Begriff.

Tutela (Vormundschaft) ist

1) nach der Legaldefinition: vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure ciuili data ac permissa: L. 1. pr. D. *de Tutelis*.

2) nach der Doctrinal-Definition: munus publicum ad defendendum hominem sui iuris, qui propter aetatem rebus

suis superesse nequit, iure ciuili comparatum. Durch diese Erklärung werden zwey wesentliche Erfordernisse näher bezeichnet, als in der Legaldefinition, nämlich 1) daß die tutela ein munus publicum ist, was aus den Worten: vis ac potestas darum nicht zu entnehmen ist, weil die patria potestas keineswegs als öffentliches Amt betrachtet werden kann und 2) daß nur ein homo sui iuris s. paterfamilias der tutela unterworfen seyn kann, welcher Umstand sich aus den Worten: in capite libero, wenn man auch dieselben fälschlicher Weise auf den pupillus beziehen wollte, deswegen nicht folgern läßt, weil man zwar ein caput liberum und dennoch ein homo alieni iuris seyn kann, wie dieß von jedem filiusfamilias gilt, welcher der Tutel niemals unterworfen ist: patrem habenti tutor non datur.

Die defensio (Fürsorge, Vertretung und Schutz) eines unmündigen paterfamilias besteht aber in einer doppelten Hauptverbindlichkeit:

1) über das persönliche Wohl desselben zu wachen, mithin für eine seinen Verhältnissen angemessene Erziehung Sorge zu tragen: L. 14. D. *de Testam. tut.* und L. 30. D. *de Admin. et peric. tut.* und

2) das Vermögen des Pflegebefohlenen mit dem Eifer und der Fürsorge eines Vaters zu verwalten, also nicht nur auf die Erhaltung, sondern, wo möglich, auch auf die Vermehrung desselben bedacht zu seyn: L. 33. pr. D. *eod.* In diesem Gesetze kann man das Wort paterfamilias, obwohl es hier nicht so gemeynt ist, auf das Verhältniß eines Vaters zu seinem Sohne beziehen.

Die in der Vormundschaft concurrirenden Personen sind der tutor (Vormund): L. 1. §. 1. D. *de Tutel.* und der pupillus (Mündel, Pflegebefohlener): L. 239. pr. D. *de V. S.* und wenn ein pupillus, wie dieß nicht selten vorkommt, mehrere Vormünder hat, so werden diese: contutores genannt: L. 24. §. 1. D. *de Admin. et peric. tut.*

§. 335.

2. Von der Stellung, welche die Lehre von der Vormundschaft im Privatrechte einnimmt.

Ursprünglich war bey den Römern das Institut der Tutel ein bloß privatrechtliches, welches aus den Familien-Verhältnissen hervorgieng, wie ganz deutlich die zwölf Tafeln zeigen, die

nur eine tutela testamentaria und legitima kennen. Es wurde daher die Tutel mehr als ein Recht des Vormundes, denn als eine Verpflichtung betrachtet. Das neuere R. R. entfernte sich schon etwas mehr von dieser Ansicht und bald herrschte die Idee des öffentlichen Amtes vor, wodurch die Tutel zum großen Theile ein Gegenstand des öffentlichen Rechtes und zwar des Polizeyrechtes wurde, weil allerdings das Wohl des ganzen Staates es erheischt, daß Personen, die sich nicht selbst vertheidigen können, den Schutz des Staates genießen. Endlich haben heut zu Tage die Gesetze Deutschlands diese Ansicht noch vollkommener ausgebildet, indem sie den dem R. R. unbekannten Begriff der Obervormundschaft feststellten, welche stets der competenten Obrigkeit des Pupillen zusteht und durch welche der eigentliche Vormund nicht wenig beschränkt wird, dergestalt, daß heut zu Tage die Obrigkeiten auf die Verwaltung der Vormundschaften einen weit stärkern Einfluß haben, als bey den Römern.

Demungeachtet darf man nicht glauben, daß das Institut der Tutel heut zu Tage nur ein polizeyrechtliches wäre, denn solchen Falles würde es widersinnig seyn, diese Lehre mit im Privatrechte vorzutragen, es gehört vielmehr dem letztern in einer dreyfachen Beziehung an:

1) als munus publicum. Denn wenn auch die Abschnitte von den Excusationen der Vormünder, von der Bestätigung und den Verwaltungspflichten derselben nur öffentliches Recht enthalten, also nur der Vollständigkeit wegen auch im Privatrechte mit abgehandelt werden, so läßt sich doch der Einfluß des letztern auch auf die Tutel als öffentliches Amt nicht läugnen, da die Verleihung dieses Amtes sowohl nach R. R. als nach deutschem nicht selten auf Privatwillkühr beruht, indem nach beyden Gesetzgebungen der Vormund durch väterliches Testament, nach der deutschen aber auch noch außerdem durch Vertrag gültig ernannt werden kann;

2) als *quasicontractus*: contractus, qui nititur consensu ab altera parte vero, ab altera praesumto. (§. 137.) Der *verus* consensus ist hier auf der Seite des Vormundes, welcher, indem er die Tutel übernimmt, seine Einwilligung erklärt, das Beste seines Pflegebefohlenen gewissenhaft wahrnehmen zu wollen, hierdurch aber verbindlich wird, dem pupillus nach beendigter Vormundschaft nicht nur Rechenschaft über die bisherige Verwaltung derselben

abzulegen und das Vermögen herauszugeben, sondern auch jeden Schaden zu ersetzen, den er demselben wissentlich oder aus Fahrlässigkeit zugefügt hat. — Der consensus *praesumtus* ist aber auf der Seite des pupillus. Dieser hat nämlich als Unmündiger noch gar keinen consensus, sondern der letztere wird von den Gesetzen präsumirt, aber nicht etwa in der Beziehung, daß der Pupill in die über ihn zu führende Vormundschaft einwillige, denn dieses Verhältniß ist iuris publici, wobey auf die Einwilligung oder den Widerspruch des Einzelnen gar nichts ankommt, sondern daß der pupillus nach beendigter Vormundschaft seinem tutor jeden Schaden ersetzen wolle, welchen dieser durch die Verwaltung der Vormundschaft erleiden würde. Aus diesem quasicontractus tutelae kann, nach beendigter Vormundschaft, der pupillus die actio tutelae directa, der tutor aber die actio tutelae contraria erheben (§. 186.) Endlich

3) als Grund der vnitas personarum, welche eben so, wie zwischen Vater und Sohn, auch zwischen Vormund und Mündel eintritt und welche sich dadurch äußert, daß der Vormund theils kein Rechtsgeschäft mit seinem Mündel abschließen kann, theils aber durch die Geschäfte, die er mit dritten Personen im Namen des Pupillen eingeht, diesen vollkommen verbindlich macht.

§. 336.

3. Unterschiede zwischen dem Römischen und heutigen Rechte.

In der Lehre von der Vormundschaft weicht das heutige Recht vom Römischen in folgenden Stücken ab:

1) nach R. R. bedurfte ein Vormund zur gültigen Uebernahme seines Amtes in der Regel keiner obrigkeitlichen Bestätigung, dafern nicht der tutor von der Obrigkeit selbst bestellt wurde, oder einzelne, besondere Fälle bey der tutela testamentaria eintraten, nach heutigem Rechte aber kann Niemand die Verwaltung einer Vormundschaft gültiger Weise antreten, ohne von der competenten Obrigkeit des pupillus, also von der Obervormundschaft, bestätigt zu seyn,

2) nach R. R. waren bloß impuberes der tutela aetatis (im Gegensatze der alten tutela mulierum perpetua) unterworfen, also dauerte die tutela bloß bis zur erlangten pubertas *minus plena*, d. h. bis zum vollendeten 14ten Jahre bey Knaben und

bis zum 12ten bey Mädchen. Heut zu Tage aber erstreckt sie sich bey beyden Geschlechtern bis zur erreichten Volljährigkeit, mithin bis zum zurückgelegten 25sten Jahre, denn nach heutigem Rechte wird die cura minorum des R. R. von der tutela verschlungen,

3) nach R. R. konnte die tutela rücksichtlich ihrer Entstehung nur dreyfach seyn: testamentaria, legitima oder datiua, das heutige, deutsche Recht fügt aber eine vierte, dem R. R. gänzlich unbekannte Gattung, nämlich die tutela *pactitia* hinzu,

4) nach R. R. war der Vormund erst nach beendigter Vormundschaft zu Ablegung der Rechnungen verbunden, heut zu Tage aber muß er alle Jahre Rechnung ablegen,

5) nach R. R. wurden die Rechnungen dem gewesenen pupillus, heut zu Tage werden sie der Obrigkeit abgelegt,

6) nach R. R. stand dem Vormund sowohl über die Person, als über das Vermögen des Mündels eine weit unbeschränktere Verfügung zu, als es heut zu Tage der Fall ist. Denn der heutige Vormund ist in beyderley Hinsicht an die Zustimmung und Anordnung der Obervormundschaft gebunden und

7) nach R. R. konnte der pupillus gegen den Vormund, welcher sich in der Verwaltung der Mündelgüter erweislich treulos gerirt hatte, die actio de distrahendis rationibus auf doppelten Schadenersatz anstellen, nach heutigem Rechte kann aber diese Klage nicht vorkommen, weil es keine actiones poenales kennt.

Zweyte Abtheilung.

Von der Bestellung der Vormünder.

Erster Artikel.

Von den verschiedenen Arten, auf welche Jemand zur Tutel berufen werden kann.

§. 337.

1. Fähigkeit zur Uebernahme.

Wer zur Verwaltung einer Vormundschaft gelangen will, muß fähig seyn, ein öffentliches Amt zu bekleiden, darf mit dem Pupillen oder dessen Vater in keinem Verhältnisse stehen, welches in Bezug auf die gewissenhafte Verwaltung der Tutel Zweifel erregen

würde und muß sich auch in einer äußern Lage befinden, welche die Uebernahme als zulässig darstellt. Wegen dieser Erfordernisse sind folgende Personen von der Uebernahme einer Vormundschaft ausgeschlossen:

1) die, welche an einem körperlichen Uebel (vitium) dergestalt leiden, daß sie nicht einmal ihren eigenen Geschäften vorstehen können, wohin besonders die Taubstummen gehören, oder auch Die, welche nur mit einem von beyden Uebeln behaftet sind: L. 1. §. 2. u. 3. D. *de Tutel.* — Den Blinden hat aber das R. R. die Uebernahme ausdrücklich gestattet: L. 16. D. *de Auctor. et cons. tut.*,

2) die Geisteskranken, zu welchen, im Sinne des Rechts, außer den mente captis und furiosis, auch die prodigi gehören: L. 1. u. 2. C. *Qui morbo se excus.* in Verbindung mit §. 3. Inst. *de Curatorib.*,

3) Minderjährige, wenn sie auch puberes sind: §. 13. Inst. *de Excusat.* — Hiermit dürfen aber die filiifamilias nicht verwechselt werden, welche, wenn sie volljährig sind, allerdings Vormünder werden können: L. 7. D. *de Tutel.* und pr. Inst. *Qui testam. tut. dari poss.*

4) Frauenzimmer: L. vlt. D. *de Tutel.* — Nach Justinianeischem Rechte sind aber die Mutter und Großmutter zur tutela legitima, und zwar im Vorzug vor den übrigen Intestaterben, berechtigt: Nou. 118. c. 5.,

5) Bischöfe und Mönche: Nou. 123. c. 5.— Alle übrige Geistliche können, wenn sie wollen, die tutela *legitima* übernehmen, nur müssen sie bey der competenten Obrigkeit des Pupillen binnen vier Monaten die schriftliche Erklärung einreichen, daß sie sich jenem Amte freywillig unterzogen haben: ibid. — In der protestantischen Kirche sind die Geistlichen als Vormünder zulässig. —

6) Soldaten, insofern sie im activen Dienste stehen: L. 4. C. *Qui dare tut.* und §. 14. Inst. *de Excusat.* — Doch ist es ihnen gestattet, die Vormundschaft über die Kinder ihrer Cameraden zu übernehmen: L. 23. §. 1. D. *eod.*

7) Juden können nicht Vormünder von Christen werden: arg. L. 19. pr. C. *de Iudaeis* und c. 18. X. *eod.*

8) Diejenigen, welche mit dem Vater des Pupillen oder mit diesem selbst in offenkundiger Feindschaft gelebt haben,

oder noch leben: L. 3. §. 12. D. *de Suspect. tut.* und §. 11. Inst. *de Excusat.*

9) Die, welche zur Zeit der Uebernahme Gläubiger oder Schuldner des Pupillen sind: Nov. 72. c. 2. u. 3. — Wenn daher ein Solcher auf irgend eine Art zur Vormundschaft berufen wird, so muß er dieses Verhältniß sogleich der Obrigkeit bekannt machen. Verschweigt er es aber und tritt die Vormundschaft an, so soll er zur Strafe als Gläubiger seine Forderung, als Schuldner seine Exceptionen verlieren: Nov. *cit.* c. 4. — Dieß leidet aber keine Anwendung auf solche Schulden, welche erst während der Vormundschaft entstanden sind. In diesem Falle behält der Vormund sein Amt und es wird nur wegen jener Schulden dem pupillus ein curator specialis bestellt: Nov. *cit.* c. 2.,

10) Die, welche sich zur Vormundschaft gedrängt oder sogar Geld bezahlt haben, um zu derselben zu gelangen: L. 21. §. ult. D. *de Tutorib. et curat. dat.*,

11) Diejenigen, welche nach einer letztwilligen Verordnung der Adscendenten des Pupillen nicht als Vormünder bestellt werden sollen: L. 21. *cit.* §. 2.

Die sämmtlichen bis hierher erwähnten Gründe der Unfähigkeit, welche zuweilen, obwohl unpassend, excusationes necessariae genannt werden, sind von den Gesetzen selbst ausgezeichnet. Doch haben die letztern diese Gründe nicht als die einzigen und ausschließlichen betrachtet, sondern noch im Allgemeinen angeordnet, daß die competente Obrigkeit schon von Amtes wegen diejenigen Personen entweder nicht zur Uebernahme der Vormundschaft zulassen, oder von der bereits übernommenen wieder entfernen solle, aus deren Verwaltung dem pupillus ein Nachtheil erwachsen könnte: L. 3. §. 12. D. *de Suspect. tutor.*

Merkwürdig ist es endlich, daß das R. R. unter den von der Vormundschaft ausgeschlossenen Personen die infames nicht mit begriffen hat: L. 1. §. 6. sub fin. D. *de Postul.* und L. vii. C. *de Infam.*

§. 338.

2. Verschiedene Gattungen der Vormundschaft:

a. tutela testamentaria.

Rücksichtlich der verschiedenen Arten, auf welche Jemand zur Vormundschaft berufen werden kann, ist die tutela nach R. R. dreyfach:

testamentaria, legitima und dativa. Das deutsche Recht fügt aber noch eine vierte Gattung, nämlich die tutela *pactitia* hinzu.

Tutela testamentaria: quae vltima voluntate nititur. — Diese ist schon in den zwölf Tafeln begründet und geht allen übrigen Arten der tutela vor. Das R. R. enthält über diese Tutel sehr strenge und specielle Verordnungen, deren Einzelnheiten in die Institutionen gehören, weil sie heut zu Tage nicht mehr anwendbar sind. Hiermit hängt nämlich die Eintheilung der tutela testamentaria in *perfectam* und *imperfectam* zusammen. Die erstere erforderte, daß der Vater bis zu seinem Tode den Pupillen in seiner väterlichen Gewalt gehabt und ihm in einem gültigen Testamente, oder doch in einem codicillus testamento confirmatus einen Vormund ernannt hatte: §. 3. Inst. *de Tutel.* und L. 3. pr. und §. 1. D. *de Testam. tut.*, die letztere hingegen setzte zwey Hauptfälle voraus: 1) daß der Vater den erwähnten Vorschriften nicht nachgekommen war und also entweder einem filius *emancipatus* einen testamentarischen Vormund ernannt hatte, oder zwar seinem filiusfamilias, aber in einem codicillus testamento *non* confirmatus. Hier bedurfte es der obrigkeitlichen Bestätigung: quoniam pater tutorem minus recte dederat, ohne daß jedoch die Obrigkeit zu einer Untersuchung der Verhältnisse, in welchen sich der ernannte Vormund befand, oder dazu berechtigt gewesen wäre, denselben zu einer Cautions-Bestellung anzuhalten: L. 1. §. 1. u. 2. D. *de Confirm. tut.* und 2) daß der testamentarische Vormund nicht vom Vater, sondern von der Mutter, oder auch von einer andern gar nicht zur Familie gehörigen Person in Hinsicht auf die dem Pupillen hinterlassenen Güter ernannt worden war. In diesem Falle war nicht nur die obrigkeitliche Bestätigung erforderlich, sondern dieser mußte noch eine andere Handlung vorangehen, nämlich entweder die inquisitio (die oben erwähnte Untersuchung): wenn die Bestätigung von einem magistratus *maior* geschah: L. 1. §. 1. *cit.*, oder die satisdatio (die Cautions-Bestellung): wenn die Bestätigung von einem magistratus *minor* vorgenommen wurde: L. 5. D. *eod.*

Heut zu Tage steht es dem Vater frey, seinen unmündigen Kindern, ohne Frage, ob sie noch in seiner väterlichen Gewalt sind, oder nicht, durch letzten Willen einen Vormund zu ernennen. Dieser letzte Wille ist an keine Form gebunden, es reicht vielmehr jede schriftliche oder mündliche Erklärung hin, welche sogar dann gültig ist, wenn sie sich in einem ungültigen Testamente

befindet, oder wenn der pupillus von seinem Vater enterbt worden ist. Ja, auch andere Personen, außer dem Vater, sie mögen nun Verwandte, wie besonders die Mutter, oder fremde, nicht zur Familie gehörige Personen seyn, haben das Befugniß, dem Pupillen in ihrem letzten Willen einen Vormund hinsichtlich derjenigen Güter zu ernennen, welche sie dem Pupillen hinterlassen.

Auch kann die Bestellung eines testamentarischen Vormundes, wie schon das R. R. gestattet, unter Zeitbestimmungen und Bedingungen geschehen: §. 1—3. Inst. *Qui testam. tut. dari poss.* und ist die festgestellte Zeit entweder noch nicht gekommen, oder bereits abgelaufen, oder ist die Bedingung noch nicht erfüllt, so tritt inzwischen der tutor datiuus ein, für dessen Bestellung die Obrigkeit zu sorgen hat. Eben so steht es dem Vater frey, eine bestimmte Person zu bezeichnen, welche nicht zum Vormunde bestellt werden soll (§. 237. Num. 10.), keineswegs aber eine persona inhabilis oder incerta dazu zu ernennen: L. 20. pr. D. *de Testam. tut.* und L. 21. *eod.* — Unter der persona *incerta* ist aber nicht die persona *ignota* zu verstehen, nämlich eine vom testator bestimmt bezeichnete Person, die aber derselbe nicht gekannt hat, sondern welche ihm vielleicht bloß angerühmt worden war, und welche allerdings zum Vormunde ernannt werden kann. Endlich ist es als eine ungültige Verfügung anzusehen, wenn der Vater dem von ihm bestellten Vormunde die Wahl läßt, über welches unter mehreren seiner Kinder er die Vormundschaft führen wolle: L. 23. pr. D. *eod.*

§. 339.

b. Tutela legitima.

Tutela legitima (gesetzliche Vormundschaft): quae, deficiente tutela testamentaria, proximis heredibus pupilli defertur. Auch diese ist in den zwölf Tafeln gegründet und ihre Quelle das Successionsrecht. Sie beruht nämlich auf dem Grundsatze: penes quem est commodum successionis, penes eundem debet esse onus tutelae: §. vn. Inst. *de Legit. patron. tutel.*, d. h. die nächsten gesetzlichen Vormünder sind die, welche, wenn der Pupill mit Tode abgienge, dessen nächste Erben seyn würden.

Nach altem R. R. konnten nur Agnaten succediren (zu welchen in dieser Hinsicht auch der Freylasser gerechnet wurde), mithin auch nur diese zur tutela legitima gelangen. Weil aber

Justinian die Cognaten den Agnaten gleich stellte, so werden nach neuerem R. R. auch die Cognaten zur gesetzlichen Vormundschaft berufen, insofern sie Männer sind, abgesehen von der Mutter und Großmutter (§. 337. Num. 4.).

Das Hauptgesetz über die tutela legitima ist Nov. 118. c. 5. und gewährt folgende Resultate:

1) die gesetzliche Vormundschaft kann nicht eher Platz ergreifen, als wenn kein testamentarischer Vormund vorhanden ist.

2) Tritt dieser Fall ein, so werden die Verwandten des Pupillen in derselben Ordnung zur Vormundschaft berufen, in welcher sie den Pupillen beerben würden, obwohl mit einigen Modificationen, nämlich es bekommen die Tutel

a. der Vater, wenn er seinen unmündigen Sohn emancipirt hat,

b. die Mutter, welche allen andern Verwandten vorgeht,

c. die Großältern, sowohl väterliche, als mütterliche,

d. die entferntern Adscendenten beyder Linien und

e. die Seitenverwandten nach der Nähe des Grades.

3) Daß die Adscendenten den Seitenverwandten vorgehen, muß man nach Interpretation der Nov. 94. c. 1. wohl annehmen.

4) Die Mutter und Großmutter werden zur Uebernahme der Vormundschaft nicht gezwungen, müssen aber, wenn sie sich dafür erklären, auf die zweyte Ehe und auf die Rechtswohlthat des SC. Velleianum Verzicht leisten. Die Verzichtleistung auf die zweyte Ehe ist so zu verstehen, daß die Mutter oder Großmutter, wenn sie eine solche eingehen, die übernommene Vormundschaft niederlegen müssen.

5) die Adscendenten oder Seitenverwandten, welche auf gleichem Grade stehen, sind sämmtlich als contutores zu betrachten, doch kann die Obrigkeit unter ihnen eine Auswahl treffen. Endlich

6) bey unehelichen Pupillen kann bloß von der mütterlichen Verwandtschaft die Rede seyn.

§. 340.

c. Tutela datiua.

Tutela datiua: quae, deficiente tutela testamentaria et legitima, auctoritate magistratus constituitur. Vgl. pr. Inst. *de*

Atil. tut. Diese ist nicht in den zwölf Tafeln begründet, sondern erst durch die Lex Atilia im J. 443. eingeführt. Die L. Atilia verfügte nämlich, daß, wenn weder ein testamentarischer, noch gesetzlicher Vormund vorhanden wäre, der praetor vrbanus dem Pupillen ex officio einen Vormund bestellen sollte und zwar: adstante maiori parte tribunorum plebis. Da aber dieses Gesetz nur für Rom gegeben war, so erließ man später ein ähnliches für die Provinzen, nämlich die Lex Iulia et Titia vom J. 723., durch welche dieselbe Pflicht dem praeses prouinciae auferlegt wurde.

Heut zu Tage hat jede competente Obrigkeit das Recht und die Pflicht, dem Pupillen einen Vormund zu bestellen, wenn ihr nur Gerichtsbarkeit zusteht, obwohl hier schon die iurisdictio *ciuilis* hinreicht, weil die Bestellung eines tutor datiuus ein actus voluntariae iurisdictionis ist. Auch darf die Obrigkeit nicht erst darauf warten, daß die nächsten Verwandten des Pupillen um die Bestellung des Vormundes ansuchen, sondern muß, gleich nach erlangter Wissenschaft vom Tode des Vaters, dafür sorgen. Jenes Ansuchen war nach R. R. der Mutter und Großmutter, dafern diese die Tutel nicht selbst übernehmen wollten, so wie den übrigen Intestaterben des Pupillen vorgeschrieben und hieß petitio tutoris. Hatten die genannten Personen diese petitio unterlassen, so giengen sie zur Strafe ihres Erbrechtes verlustig: L. 2. §. 1. D. *Qui petant. tut.* — L. 10. C. *de Legit. hered.* Diese Strafe hat aber die Reichs-Polizey-Ordnung vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 1. aufgehoben.

Bey der Bestellung eines tutor datiuus hat die Obrigkeit zuvörderst solche Personen zu berücksichtigen, welche, gleich dem Pupillen, unter ihrer Gerichtsbarkeit stehen, und nur in Ermangelung eines passenden Subjects auf Auswärtige zu reflectiren: L. 24. D. *de Tutorib. et curat.* — Die Bestellung selbst muß nach vorgängiger, genauer Prüfung geschehen, ob der zu Bestellende dem Amte gewachsen sey: L. 21. §. 5. D. *eod.* und darf in der Regel weder mit Bedingungen, noch mit Zeitbestimmungen verknüpft seyn: L. 6. §. 1. D. *de Tutel.* — L. 2. D. *de Tutorib. et Curat.*

§. 341.

d. Tutela pactitia.

Tutela pactitia: quae conuentione inter patrem pupilli et futurum tutorem inita nititur. Manche Rechtslehrer sind der Meynung, daß auch das R. R. eine tutela pactitia gekannt habe und berufen sich hierbey auf L. 15. §. 1. D. *de Excusat.* und §. 9. Inst. *eod.* Hier heißt es nämlich, daß Derjenige, welcher dem Vater eines Unmündigen versprochen habe, nach des Erstern Tode die Vormundschaft über den Letztern zu übernehmen, sich keiner excusatio bedienen dürfe, wenn ihm auch eine solche zur Seite stünde. Diese Gesetze haben aber auf die tutela *pactitia* nicht die geringste Beziehung, indem sie bloß eine einseitige Verbindlichkeit des promissor bezeichnen, nämlich, daß er von den ihm zustehenden Befreyungsgründen keinen Gebrauch machen darf.

Nach R. R. ist jede tutela pactitia unbekannt, weil diese den pactis *successoriis* analog schien, welche das R. R., als den guten Sitten zuwider, gänzlich verbietet: L. 61. D. *de Verb. oblig.* — Wenn also nach R. R. der Vater, welchem Jemand die Uebernahme der Vormundschaft versprochen hatte, in seinem Testamente einen andern Vormund ernennt, so geht dieser unbedingt vor und jener promissor hat auf die Tutel gar keinen Anspruch.

Nach heutigem, deutschem Rechte ist aber ein pactum tutelare für beyde Theile von verbindender Kraft, dergestalt, daß der Vater selbst nicht wieder davon abgehen kann, vorausgesetzt, daß der Vertrag die obrigkeitliche Bestätigung erhalten hat. Wenn also auch der Vater in seinem letzten Willen einen andern Vormund ernannt hat, so wird doch diesem der tutor *pactitius* vorgezogen.

Zweyter Artikel.

Von der Uebernahme der Vormundschaft.

§. 342.

1. Von den gesetzlichen Befreyungsgründen:

a. im Allgemeinen.

Da die tutela ein munus publicum ist, so kann auch jeder Staatsbürger, welchen man dazu für fähig hält, zur Uebernahme

derselben gezwungen werden und weigert er sich dennoch, so muß er vom Augenblicke der erhaltenen Wissenschaft an für allen Schaden haften, welchen der pupillus indessen erleidet: L. 1. pr. und §. 1. D. *de Admin. et peric. tut.* — Demungeachtet haben die Gesetze, in Berücksichtigung der verschiedenen Verhältnisse, in denen sich die Staatsbürger befinden können, gewisse Gründe aufgestellt, aus welchen Jemand die ihm deferirte Vormundschaft ablehnen kann, ohne in die oben erwähnte Strafe zu verfallen. Diese gesetzlichen Befreyungsgründe heißen excusationes tutorum und können ohne Frage, ob der Verpflichtete durch letzten Willen, Gesetz oder obrigkeitliche Verfügung zur Vormundschaft berufen worden sey, geltend gemacht werden: L. 2. §. 5. D. *de Excusat.* Doch muß der Berufene sie vor der competenten Obrigkeit ausdrücklich anführen und beweisen, weil sie außerdem nicht zu berücksichtigen sind: L. 13. §. 10. *eod.* Eine Ausnahme machen die Mutter und Großmutter, so wie die Geistlichen, welche, ohne einen Grund anzugeben, die Tutel ablehnen können: Nov. 94. c. 1. — Nov. 123. c. 5. Auch hängt es ganz von dem freyen Willen des Berufenen ab, sich der excusationes zu bedienen, weshalb die letztern gewöhnlich voluntariae genannt werden, auf welche der Berufene entweder ausdrücklich, oder stillschweigend Verzicht leisten kann. Ein stillschweigender Verzicht wird als vorhanden angesehen: a. wenn der Berufene dem Vater des Pupillen die Uebernahme der Vormundschaft versprochen hatte: L. 15. §. 1. D. *de Excusat.*, b. wenn er ein Legat aus demselben Testamente annimmt, in welchem er zum Vormunde ernannt worden war: L. 28. pr. D. *de Testam. tut.* und c. wenn er bereits Handlungen vorgenommen hat, die nur von einem Vormunde ausgehen können: L. 2. C. *Si tut. vel cur. fals. alleg.*

Um aber jeder Verschleifung der Pupillen-Angelegenheiten vorzubeugen, hat das R. R. eine bestimmte Frist anberaumt, innerhalb welcher die excusationes voluntariae bey der competenten Obrigkeit des Pupillen angebracht werden müssen. Diese Frist besteht hinsichtlich derjenigen Vormünder, welche sich mit dem pupillus unter derselben Gerichtsbarkeit befinden, in 50 Tagen, deren Lauf von der erhaltenen Wissenschaft an beginnt, in Bezug auf die aber, welche einer andern Gerichtsbarkeit unterworfen sind kann sie auch eine längere seyn: §. 16. Inst. *de Excusat.* — Doch sind diese Fristen heut zu Tage nicht mehr practisch, weil in Deutschland alle Vormünder ohne Unterschied bestätigt und zu

diesem Zwecke von der Obrigkeit vorgeladen werden: Reichs-Polizey-Ordnung: Tit. XXXIII. §. 2. u. 3. — Wenn nun der Berufene die ihm anberaumte Zeit vorüberläßt, ohne sich der ihm zustehenden Befreyungsgründe zu bedienen, oder wenn er zwar die letztern angezeigt hat, aber damit abgewiesen worden ist, so muß er von diesem Augenblicke an für allen Schaden stehen, den der pupillus erleidet: L. 13. §. 1. D. *eod.*, weshalb es denn gerathen ist, daß der Berufene, trotz einer von ihm eingewendeten Appellation, die Vormundschaft einstweilen antrete.

§. 343.

b. Einzelne Befreyungsgründe.

Die excusationes tutorum voluntariae lassen sich überhaupt auf zwey Classen zurückführen. Sie sind nämlich

1) solche, kraft welcher der Berufene die ihm deferirte, aber noch nicht übernommene Tutel von sich ablehnen kann. Hierher gehört:

a. senectus, welche hier mit dem zurückgelegten 70sten Lebensjahre eintritt: §. 13. Inst. *de Excusat.*

b. absentia reipublicae caussa, welche nicht nur während ihrer Dauer, sondern auch noch ein Jahr lang nach der Rückkehr von der zu übernehmenden Vormundschaft befreyt: §. 2. Inst. *eod.*,

c. jedes obrigkeitliche Amt: §. 3. Inst. *eod.*,

d. das Amt ordentlicher Professoren und practischer Aerzte: §. 15. Inst. *eod.*,

e. die Verwaltung des Fiscus: §. 1. Inst. *eod.* oder des patrimonium principis: L. 22. §. 1. D. *eod.*,

f. tria onera tutelae in vna domo. Wer schon drey Vormundschaften verwaltet, kann die Uebernahme einer vierten ablehnen. Doch ist hier zu bemerken, daß die Vormundschaft über mehrere Geschwister nur für eine gerechnet wird: §. 5. Inst. *eod.* Auch kann man sich zuweilen schon mit einer einzigen, bereits übernommenen Tutel entschuldigen, wenn diese so bedeutend ist, daß dafür mehrere minder wichtige geführt werden könnten. Daher der Grundsatz: tutelae magis sunt ponderandae, quam numerandae: L. 31. §. 4. D. *eod.*,

g. drey lebende leibliche Kinder, ohne Unterschied, ob sich dieselben in väterlicher Gewalt befinden, oder nicht: pr.

Inst. *eod.* Adoptivkinder können also keinen Befreyungsgrund abgeben: ibid.

h. wenn der vom Vater des Pupillen ernannte, testamentarische Vormund beweisen kann, daß zwischen ihm und jenem eine unversöhnliche Feindschaft Statt gefunden habe: §. 9. Inst. *eod.*,

i. Kränklichkeit, welche den Berufenen hindert, seinen eigenen Geschäften vorzustehen: §. 7. Inst. *eod.*,

k. große Armuth, wegen welcher der Berufene außer Stande ist, seine Zeit Andern zu widmen: §. 6. Inst. *eod.* und

l. wenn der Berufene nicht lesen und schreiben kann: §. 8. Inst. *eod.*

2) solche, kraft welcher der Berufene auch die bereits übernommene Vormundschaft niederlegen kann:

a. später eintretende Krankheit: §. 7. Inst. *eod.*

b. später eintretende Armuth: ibid. und L. 7. D. *eod.*

c. absentia reipublicae caussa, welche in die Zeit der Verwaltung fällt: L. 1. C. *Si tutor vel cur. reipubl. caus.* — Doch ist hier zu bemerken, daß der Vormund nach seiner Rückkehr gleich wieder die Verwaltung übernehmen muß, ohne auf das oben erwähnte Freyjahr Anspruch machen zu können: §. 2. Inst. *de Excusat.*

d. wenn der Vormund zum kaiserlichen Rathe ernannt wird: L. 30. pr. D. *eod.* und

e. wenn ein Vormund mit Bewilligung des Kaisers, welcher es weiß, daß derselbe eine Tutel zu verwalten habe, seinen Wohnort verändert: L. 12. §. 1. D. *eod.*

§. 344.

Nominatores et Adfirmatores.

Wenn Jemand zur Verwaltung einer Vormundschaft berufen worden ist, sich aber derselben dadurch entzogen hat, daß er einen Andern an seine Stelle vorschlug, so heißt er *nominator*: qui, ipse ad tutelam vocatus, aliam personam in suum locum substituit: L. vn. C. *de Potiorib. ad mun. nomin.* Dieser muß schlechterdings für den Vorgeschlagenen einstehen, mithin als Bürge desselben betrachtet werden und darum kann ihn auch der pupillus subsidiarisch belangen: L. 4. §. 3. D. *de Fideiussor. et nominat.* — Anders verhält es sich mit dem *adfirmator*: qui,

a magistratu de facultatibus alicuius tutoris interrogatus, hunc ipsum pro idoneo declarauit. Wenn die Obrigkeit Jemanden über die Verhältnisse und Tüchtigkeit einer Person befragt, welche zur Vormundschaft berufen worden ist und der Befragte nach seinem besten Wissen Auskunft ertheilt hat, so kann er, wegen treuloser Verwaltung der Vormundschaft, nicht in Anspruch genommen werden, weshalb denn die Schlußworte der L. 4. *cit.* nur auf diejenigen adfirmatores bezogen werden können, welchen eine unredliche Absicht nachgewiesen werden kann. Vgl. auch L. 4. u. 5. D. *de Magistratib. conuen.*

§. 345.

2. Von der Bestätigung der Vormünder.

Niemand kann heut zu Tage die Verwaltung einer Tutel übernehmen, wenn er nicht von der competenten Obrigkeit bestätigt worden ist. Als competent ist aber die Obrigkeit desjenigen Ortes zu betrachten, an welchem der Pupill sein domicilium hat, und sollte derselbe keinen festen Wohnort haben, so ist es die Obrigkeit des Geburtsortes: L. vn. C. *Vbi pet. tutor.* und Reichs-Polizey-Ordnung Tit. XXXII. §. 3. — In der L. vn. *cit.* ist es auch den Obrigkeiten zur Pflicht gemacht, für möglichst schnelle Bevormundung der Pupillen Sorge zu tragen und nach Inhalt des angeführten Reichsgesetzes sollen sie die Vormünder nur nach geleisteter Caution bestätigen, endlich aber nach Vorschrift der Nou. 72. c. 8. mittelst Eides verpflichten. Nach erfolgter Bestätigung erhält der Vormund eine obrigkeitliche Bescheinigung derselben, welche tutorium heißt und mit welcher sich der Vormund in allen Angelegenheiten des Pupillen, besonders aber in den gerichtlichen zu legitimiren hat.

Dritte Abtheilung.

Von der Verwaltung der Vormundschaft.

§. 346.

1. Contutores.

Zu der Verwaltung einer Vormundschaft werden zuweilen auch mehrere Personen zugleich berufen, welche dann contutores (Mitvormünder) heißen: L. 7. §. 14. D. *de Admin. et peric. tut.*—

Diese können aber auf eine doppelte Weise bestellt werden, nämlich entweder in solidum, oder diuisis officiis. Der erstere Fall tritt ein, wenn den gesammten Mitvormündern die Verwaltung dergestalt übertragen wird, daß einer für alle und alle für einen verantwortlich sind: L. 39. §. 11. D. *de Administr. et peric. tut.* und diese Art der Bestellung macht die Regel aus und ist daher im Zweifel zu präsumiren: L. 55. pr. D. *eod.* — Der letztere Fall kommt aber vor, wenn jedem der Mitvormünder ein besonderer Wirkungskreis angewiesen wird, so daß z. B. der eine für die Person und das bewegliche Vermögen des Pupillen, der andere bloß für die Grundstücke desselben zu sorgen hat, was besonders dann Statt findet, wenn das Vermögen des Pflegebefohlenen sehr groß ist und die Grundstücke desselben in verschiedenen und entfernten Gegenden gelegen sind: L. 15. D. *de Test. tut.* und L. 27. pr. D. *de Tut. et cur. dat.* Wenn nun die contutores auf solche Weise bestellt worden sind, so hat natürlich ein jeder nur hinsichtlich der ihm selbst anvertrauten Geschäfte zu haften und steht zu den übrigen durchaus in keiner Beziehung: L. 51. D. *de Admin. et peric. tut.*

Es kann aber auch vorkommen, daß die in solidum bestellten Mitvormünder besondere und eigenthümliche Stellungen gegen einander einnehmen, denn es wird zuweilen durch letzten Willen des Vaters oder durch Verfügung der Obrigkeit festgesetzt, daß nicht die sämmtlichen contutores bey der Verwaltung der Tutel unmittelbar concurriren sollen, sondern daß dieß nur von einem oder einigen derselben geschehe: L. 3. §. 6. *de Admin. et peric. tut.* Hier heißt es ausdrücklich: „sane enim facilius vnus tutor et actiones exercet et excipit, ne per multos tutela spargatur". Demnach werden die zusammen bestellten Vormünder in gerentes und honorarios eingetheilt:

1) *tutores gerentes*: qui administrandae tutelae immediate praesunt,

2) *tutores honorarii*: qui non ipsi administrationi incumbunt, sed in gerentes inspiciunt. Diese haben nun zwar mit den Angelegenheiten des Pupillen nichts zu thun: L. 4. D. *de Auct. tut.* und können sogar, nach Vorschrift dieses Gesetzes, nicht einmal zu den vom Pupillen eingegangenen Rechtsgeschäften ihre Genehmigung ertheilen, dürfen aber gültiger Weise Zahlungen annehmen, welche an das Pupillen-Vermögen geleistet werden: L. 14. §. 1. D. *de Solut.* und haben das Recht, über die tutores eine fort-

währende Aufsicht zu führen: L. 3. §. 2. D. *de Admin. et peric. tut.* Diese beyden Befugnisse können, wie auch die angeführten Gesetze sagen, dem tutor honorarius um so weniger abgesprochen werden, da sich derselbe in solidarischer Verbindlichkeit befindet. Diese letztere ist aber insofern gemildert, als der tutor honorarius vom Pupillen erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der tutor gerens vergeblich ausgeklagt worden ist: L. 3. §. 2. *cit.* und L. 3. C. *de Diuid. tut.*—

Von den tutoribus honorariis sind aber wohl zu unterscheiden die *tutores notitiae caussa dati*: artis periti, qui iussu magistratus vel testatoris *consilio suo* tutoribus gerentibus adsistunt. Diese sind zwar wirkliche Vormünder, aber nur auf einen bestimmten Geschäftskreis angewiesen, in welchem sie als Sachverständige wirken sollen. Sie werden daher in Angelegenheiten, welche zu diesem Geschäftskreise gehören, als tutores gerentes betrachtet und haben auch die Verantwortlichkeit derselben: L. 32. §. 1. D. *de Test. tut.*, in Bezug auf die übrigen Rechtsverhältnisse aber sind sie als tutores honorarii anzusehen, weil sie wirkliche Vormünder und auch zur Annahme von Zahlungen berechtigt sind, welche an das Pupillen-Vermögen geleistet werden: L. 14. §. 6. D. *de Solut.*

§. 347.

2. Protutores et Falsi tutores.

Wenn Jemand bey den Römern eine Vormundschaft verwaltete, ohne dazu berechtigt zu seyn, so geschah dieß entweder aus Irrthum, wie wenn sich Jemand für den nächsten Verwandten und Intestaterben des pupillus hielt und deshalb zur tutela legitima berufen glaubte, oder der Verwaltende wußte es, daß ihm die Vormundschaft nicht gebühre. Im letztern Falle übernahm er dieselbe entweder in redlicher oder unredlicher Absicht. Derjenige nun, welcher sich im Irrthume befand oder die ihm nicht zustehende Tutel bona fide verwaltete, wurde protutor genannt: L. 1. §. 1. D. *de Eo, qui pro tut.*, Der aber, welcher sich mala fide der Vormundschaft unterzogen hatte, hieß falsus tutor: L. 7. und L. 11. §. 1. D. *Quod falso tut. auct.* Vom falsus tutor war endlich wieder der tutor *suspectus* zu unterscheiden, welcher die Tutel zwar auch mala fide verwaltete, aber zu derselben wirklich berufen war: L. 3. §. 5. D. *de Suspect. tutor.*

Der protutor wurde rücksichtlich der Verwaltung, welche er bereits geführt hatte, einem verus tutor völlig gleich gestellt: L. 4. D. *de Eo, qui pro tut.* und konnte daher vom pupillus mit der actio protutelae directa belangt werden: L. 1. §. 1. D. *de Contrar. tut.*, aber auch gegen ihn die actio protutelae contraria anstellen: L. vlt. D. *de Eo, qui pro tut.*

Der falsus tutor konnte von dem pupillus mit einer actio ad id, quod interest belangt werden, dergestalt, daß er den letztern vollkommen schadlos halten mußte: L. 7. pr. u. §. 1. D. *Quod falso tut. auct.*

Der tutor suspectus endlich wurde nach einer vorgängigen actio popularis, welche crimen suspecti hieß: L. 1. §. 2. *de Suspect. tut.*, mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte seines Amtes entsetzt: L. 1. §. 3. *eod.* und außerdem noch mit einer öffentlichen Strafe belegt: L. 2. *eod.*

§. 348.

3. Rechte und Pflichten des Vormundes:

a. in Hinsicht auf die Person des Pflegebefohlenen:

α. Erziehung desselben.

In Hinsicht auf die Person des Pupillen hat der Vormund für eine den Verhältnissen desselben angemessene Erziehung zu sorgen: L. 1. §. 1. D. *Vbi pup. educ.* Doch hängt die Art und Weise derselben nicht bloß vom Vormunde ab, sondern die erste Norm bilden hier die letztwilligen Verfügungen des Vaters: ibid., obwohl auch zuweilen von diesen abgewichen werden muß, wenn sie die Kräfte des Vermögens überschreiten: L. 2. §. 3. D. *eod.* — Wenn aber hinsichtlich der Erziehung kein letzter Wille vorhanden ist, so hat die Obrigkeit auf den Vorschlag des Vormundes sowohl den Betrag der Alimente festzustellen: L. 3. pr. *eod.*, als auch den Aufenthaltsort und Unterricht des Pupillen zu bestimmen, wobey jedoch die Mutter nicht übergangen werden darf, welcher in der Regel, dafern sie nicht zur zweyten Ehe übergeht, oder nicht besondere Gründe dagegen sprechen, die Erziehung des Unmündigen zu überlassen ist: Nou. 22. c. 38.

§. 349.

β. Von den juristischen Handlungen des Pupillen, oder: von der auctoritas tutoris:

αα. im Allgemeinen.

Die von einem Pupillen vorzunehmenden, juristischen Handlungen sind entweder gerichtliche, oder außergerichtliche:

1) gerichtliche. Ein pupillus hat in Civilsachen niemals personam standi in iudicio: L. 1. C. *Qui legit. person. standi in iud.*, sondern wird stets von seinem Vormunde repräsentirt, so daß nur dieser die erforderlichen Klagen anstellen oder gegen solche excipiren kann: L. 3. §. 6. D. *de Admin. et peric. tut.* — Eine Ausnahme machen heut zu Tage die rein persönlichen Ehe-Angelegenheiten, von welchen der Vormund ausgeschlossen ist. In Criminalsachen hingegen muß heut zu Tage der pupillus stets allein vor Gericht erscheinen, er möge nun Zeuge oder reus seyn und der Vormund hat nur im letztern Falle für einen defensor zu sorgen;

2) außergerichtliche und hierher gehört die Lehre von der *auctoritas tutoris*: ius tutoris, personam pupilli in negotiis ab eo contractis, vel contrahendis, supplendi: L. 3. D. *de Auct. et cons. tut.* Die juristische Persönlichkeit eines pupillus ist stets mangelhaft, weil derselbe keinen consensus hat und darum ist der Beytritt des Vormundes erforderlich. Hier ist aber zu unterscheiden, ob der pupillus noch infans, also völlig unfähig ist, den Sinn juristischer Handlungen zu verstehen, oder ob er infantia maior ist, mithin an solchen Handlungen schon selbst Theil nehmen kann. Im erstern Falle gebraucht man nicht das Wort auctoritas, sondern das Wort gestio, weil hier der Vormund ganz allein handelt und auf die Gegenwart oder Abwesenheit des Pupillen gar nichts ankommt: §. 10. Inst. *de Inutil. stipul.* Im letztern Falle hingegen tritt die auctoritas ein, weil man hier annimmt, daß der Pupill selbst handle und der Vormund durch seinen Beytritt dem Geschäfte nur die volle Gültigkeit ertheile, daher die Ausdrücke: auctoritatem interponere oder: auctorem fieri tutorem in negotiis pupilli: §. 9. Inst. *eod.*

§. 350.

ββ. Von der auctoritas in's Besondere.

Ueber die auctoritas tutoris sind zwey Hauptregeln zu merken:

1) tutor auctor fieri nequit in rem suam: L. 1. pr. D. *de Auct. tutor.* Diese Regel deutet an, daß der Vormund mit seinem Pupillen niemals ein gültiges Geschäft eingehen kann. Soll dieß dennoch geschehen, so muß die Obrigkeit in Kenntniß gesetzt und von dieser dem Pupillen ein curator specialis bestellt werden: §. 3. Inst. *de Auct. tut.* Unter dieser Voraussetzung ist es dem Vormunde sogar gestattet, von seinem Pupillen darlehnsweise ein Capital aufzunehmen, wenn er nur die erlaubten Zinsen verspricht und hinreichende Sicherheit leistet, auch soll in diesem Falle der Vormund, wenn er mit der Zinsenzahlung nicht einhält, nach der Meynung mancher Rechtslehrer verbunden seyn, Zinsen von Zinsen zu entrichten, so daß dieß der einzige Fall eines erlaubten anatocismus wäre. — Jene Rechtsregel kann aber nicht zur Anwendung kommen, wenn bey einem Geschäfte des Pupillen das Interesse des Vormundes nur mittelbar im Spiele ist, wie z. B. wenn der Pupill Erbe Desjenigen wird, welcher der Schuldner des Vormundes ist. Hier kann der Letztere gültiger Weise seine auctoritas zum Erbschafts-Antritte ertheilen: L. 1. pr. D. *eod.*

2) auctoritate tutoris opus est, quoties pupillus obligatur. Aus dieser Regel geht hervor, daß zwar nicht alle Geschäfte ungültig sind, welche der Pupill sine tutore auctore eingeht, daß aber auch von der andern Seite der erweisliche Vortheil, der aus irgend einem Rechtsgeschäfte dem Pupillen erwächst, noch keineswegs den Wegfall der auctoritas rechtfertigt. Wenn also der pupillus durch ein Geschäft, es sey für ihn auch noch so vortheilhaft, eine Verbindlichkeit übernimmt, so kann dasselbe seine juristische Gültigkeit nur durch die hinzutretende auctoritas tutoris erhalten: L. 9. pr. D. *de Auct. tut.* Es ist z. B. dem Pupillen eine reiche Erbschaft angefallen. Demungeachtet kann er dieselbe sine tutore auctore nicht antreten, weil jede aditio hereditatis einen quasicontractus enthält, welchen der antretende Erbe mit den Gläubigern der Erbschaft eingeht: §. 1. Inst. *eod.* und L. 9. §. 3. D. *eod.* in Verbindung mit L. 3. §. vlt. in fin. D. *Quib. ex caus. in poss. eat.* —

Ueber die rechtliche Natur der auctoritas tutoris sind aber noch folgende Grundsätze aufzustellen:

1) der Vormund kann in der Regel nicht gezwungen werden, seine auctoritas zu erklären: L. 1. §. 1. D. *de Auct. tut.* Wenn er aber durch seine Weigerung dem Pupillen einen Schaden zugefügt hat, so muß er denselben ersetzen: L. 5. §. 10. D. *de Admin. et peric. tut.*,

2) wenn sich der Pupill sine tutore auctore verbindlich gemacht hat, so kann der Vormund entscheiden, ob das Geschäft gültig bleiben solle, oder nicht. Im erstern Falle ist der Dritte ohne Unterschied gehalten und kann sich nicht damit entschuldigen, daß er mit dem Pupillen allein contrahirt habe. Dergleichen Geschäfte aber werden hinkende (contractus claudicantes) genannt: L. 13. §. 29. D. *de Act. emt. et vend.*

3) wenn aber auch der Vormund seine auctoritas erklärt hat, so erhält der Pupill dennoch auf den Fall einer erlittenen Verletzung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: L. 2. C. *Si tut. vel curat. interuen.* (§. 178.)

4) dritte Personen, welche bey einem ohne auctoritas tutoris abgeschlossenen Geschäfte auf Seiten des Pupillen accessorisch concurrirt haben, sind aus diesem Geschäfte ebenfalls nicht gehalten, was namentlich von den Bürgen des Pupillen gilt: L. 95. §. 3. D. *de Solut.* und L. 51. pr. D. *de Procurat.* Ein Anderes wäre es, wenn Jemand für den pupillus die Zahlung auf den Fall verspräche, daß dieser von seinen Altersvorrechten Gebrauch machen würde, denn hier hört der Begriff der Bürgschaft auf und wird in den der expromissio euentualis verwandelt (§. 179.),

5) wenn volljährige Personen zugleich mit dem pupillus, aber ohne auctoritas tutoris, eine Hauptverbindlichkeit gegen eine dritte Person übernommen haben, so ist zwar der pupillus nicht gehalten, die volljährigen correi aber sind in solidum verbindlich, müssen also für den Pupillen bezahlen, ohne auf das beneficium diuisionis Anspruch machen zu können: L. 19. D. *de Duob. reis.* Doch giebt es von dieser Regel drey Ausnahmen:

a. wenn sich der Pupill dolose für einen Volljährigen ausgegeben hat: L. 2. C. *Si minor se mai. dix.* Doch müssen hier

die volljährigen correi mittelst Eides erhärten, daß sie dem Vorgeben des Pupillen Glauben beygemessen haben,

b. wenn die correi maiores die versio in rem pupilli beweisen, also darthun können, daß der letztere durch das fragliche Geschäft bereichert worden sey: arg. L. 3. D. *Quando ex facto tut.* und

c. wenn der Pupill eidesmündig ist und das Geschäft eidlich bestärkt hat: Auth. Frid. *Sacramenta puberum* C. *Si aduersus vend.* — Diese dritte Ausnahme ist aber von den heutigen Particularrechten gänzlich aufgehoben, indem nach Vorschrift derselben nicht nur ein solcher Eid vollkommen ungültig ist, sondern Die, welche einem Minderjährigen denselben abgenommen haben, noch besonders bestraft werden sollen.

§. 351.

Fälle, in welchen es der auctoritas tutoris nicht bedarf.

Aber allerdings giebt es Rechtsgeschäfte, welche der Pupill auch ohne Beytritt seines Vormundes gültig abschließen kann:

1) solche, welche rein persönlich sind, wenn auch der Pupill dadurch verbindlich wird, z. B. Verlobung und Ehe, dafern nicht von den Vermögensrechten der Ehegatten die Rede ist oder auch die locatio operarum, kraft welcher der Pupill über seine persönlichen Dienste einen Contrakt abschließt, wie wenn er sich als Dienstbote vermiethet oder ein Schiedsrichteramt übernimmt,

2) solche, durch welche der pupillus gar keine Verbindlichkeit eingeht, sondern nur Rechte erwirbt, z. B. wenn er eine unbedingte Schenkung acceptirt, ein unbedingtes Vermächtniß annimmt. Endlich kann der Pupill

3) heut zu Tage ein gültiges Testament ohne Concurrenz des Vormundes errichten, dafern er nur zur Zeit der Errichtung die pubertas minus plena erreicht hat: §. 1. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* und L. 20. §. 1. D. *de Liberat. leg.* Man nimmt jedoch gewöhnlich das 14te Jahr für beyde Geschlechter an.

§. 352.

b. Rechte und Pflichten des Vormundes in Bezug auf das **Vermögen** des Pflegebefohlenen:

α. Verwaltung.

Nach Vorschrift der Gesetze darf der Vormund die Verwaltung des Pupillenvermögens nicht eher antreten, als bis er ein vollständiges Inventarium desselben unter Concurrenz der Obrigkeit errichtet hat: L. 24. C. *de Admin. tut.*, es müßte ihm denn durch letztwillige Verordnung diese Pflicht ausdrücklich erlassen worden seyn: L. 13. §. 1. C. *Arbitr. tut.* Hat nun der Vormund die Verwaltung ohne ein solches Inventarium angetreten, so soll er als suspectus removirt und außerdem auch noch besonders bestraft werden: L. 13. §. 1. *cit.* — Wenn aber ein Inventarium errichtet worden ist, jedoch der Verdacht entsteht, daß dasselbe nicht vollständig sey, so kann es zum iusiurandum in litem (Würderungseide) kommen, der gegen den Vormund geschworen wird: L. 7. pr. D. *de Admin. et peric. tut.* — Nach gefertigtem Inventarium wird der Vormund in den Besitz des Pupillenvermögens gesetzt und hat nun die Pflicht auf sich, über Erhaltung desselben zu wachen, auch auf die Vermehrung möglichst bedacht zu seyn und zweckdienliche Maaßregeln für Anlegung und Benutzung der vorhandenen Güter zu ergreifen: L. 5. pr. L. 32. §. 2. und L. 46. §. vlt. D. *de Admin. et peric. tut.* Hierüber sind nun folgende Regeln und Grundsätze zu merken:

1) der Vormund leistet bey Verwaltung des Pupillenvermögens culpa leuis *in abstracto*, d. h. er muß diejenige Sorgfalt anwenden, welche jeder bonus paterfamilias seinen eigenen Angelegenheiten zu widmen pflegt: L. 33. pr. D. *eod.* und L. 1. pr. D. *de Tutel. et rationib. distrah.*,

2) er hat für gehörige Beytreibung der außenstehenden Schulden Sorge zu tragen, aber auch dahin zu sehen, daß die Schulden, welche der Pupill zu zahlen hat, zu rechter Zeit getilgt werden: L. 9. §. 5. und L. 13. §. 2. D. *de Admin. et peric. tut.*,

3) er hat ferner und ganz besonders die Pflicht auf sich, die baaren Gelder des Pupillen auf eine zweckmäßige Art anzulegen, welche entweder im Ankaufe von Grundstücken: L. 7. §. 3. *eod.* oder in sicherer Ausleihung besteht: Nou. 72. c. 6. Im Unterlassungsfalle muß er die ohne Nutzen liegen gebliebenen

Gelder aus eigenen Mitteln verzinsen, wenn er nicht beweisen kann, daß sich ihm, troß aller Mühe, keine Gelegenheit dargeboten habe, die Gelder unterzubringen: L. 7. §. 3. in fin. D. *de Admin. et peric. tut.* Ja, selbst zu diesem Beweise wird er nicht gelassen, wenn er innerhalb der gesetzlichen Zeit eigene Gelder ausgeliehen hat: L. 13. §. 1. D. *eod.* Wegen der gesetzlichen Zeit hat man nämlich zu unterscheiden, ob die fraglichen Pupillengelder gleich beym Antritte der Vormundschaft vom tutor übernommen, oder erst während der Verwaltung eingezahlt wurden. Im erstern Falle hat der Vormund sechs Monate Zeit, die Gelder unterzubringen, im letztern bloß zwey Monate. Erst nach Ablauf dieser Zeit wird der nachlässige Vormund der Strafe der Verzinsung unterworfen: L. 15. D. *eod.* in Verbindung mit L. 7. §. 11. D. *eod.* — Das Gerathenste ist daher für den Vormund, die Gelder, die er in der gesetzlichen Zeit nicht unterbringen kann, gerichtlich zu deponiren. Wenn aber

4) dem Vormunde bewiesen werden kann, daß er gewisse Mündelgelder heimlich in seinen Nutzen verwendet habe, obwohl es bona fide geschehen war, so muß er zur Strafe die sogenannten vsuras pupillares, nämlich 12 pC., also die höchsten Zinsen bezahlen, welche das R. R. kennt: L. 7. §. 4. D. *eod.* in Verbindung mit L. 54. D. *eod.* Hiermit darf nicht der Fall verwechselt werden, daß der Vormund treuloser Weise Pupillengelder unterschlägt, weil er dann als suspectus removirt und mit öffentlicher, entehrender Strafe belegt wird, und eben so wenig ein wirklicher Darlehnscontrakt, den er, unter Genehmigung der Obrigkeit, mit seinem pupillus abschließt und in welchem Falle er bloß zu den gewöhnlichen, landesüblichen Zinsen von 6 pC. gehalten ist: L. 54. *cit.* Endlich darf in der Regel

5) der Vormund keine Geschenke aus dem Pupillen-Vermögen geben, wenn nicht der Anstand sie erheischt, wie Hochzeitsgeschenke an die nächsten Verwandten: L. 12. §. 3. u. L. 13. §. 2. D. *eod.* oder die Ehre der Familie sie nothwendig macht, wohin besonders die Alimente für dürftige Aeltern und Geschwister: L. 1. §. 2. *de Tutel. et rat. distr.* und die Mitgift für die Schwester des Pupillen gehören, mit welcher der letztere denselben Vater hat: L. 12. §. 3. D. *de Admin. et peric. tut.*

§. 353.

β. Veräußerung:

αα. Begriff.

Das Wort Veräußerung ist hier im weitern Sinne zu verstehen, so daß es nicht nur die Uebertragung des vollen Eigenthums, sondern auch noch folgende Handlungen bezeichnet:

1) jede Begründung eines dinglichen Rechtes außer dem vollen Eigenthume, welche zum Besten eines Dritten geschieht, wohin Servituten, emphyteusis, superficies und Verpfändungen aller Art zu rechnen sind: L. 3. §. 4. 5. u. 6. D. *de Reb. eor. qui sub tut.*

2) die Verzichtleistung auf einen Gewinn, welcher dem pupillus angefallen ist: L. 5. §. 8. *eod.*

3) die Erwerbung einer Sache, an welcher sich ein Dritter ein dingliches Recht, namentlich eine Hypothek vorbehält: L. 1. §. vlt. und L. 2. in fin. D. *eod.* und sogar

4) die Empfangnahme eines Capitales, welches ein Schuldner des Pupillen einzahlt, indem der Vormund auch hierzu eines obrigkeitlichen Decretes bedarf: L. 25. u. 27. C. *de Admin. tut.*

§. 354.

ββ. Erfordernisse.

Der Veräußerung der Mündelgüter ist in der Regel eine besondere Form vorgeschrieben, welche unter dem Namen der sollemnitas alienationis vorkommt und zwey Erfordernissen entsprechen muß:

1) es wird eine iusta caussa alienationis, ein triftiger Grund zur Veräußerung, vorausgesetzt, welchen die Obrigkeit zu prüfen hat: L. 5. §. 9—11. D. *de Reb. eor. qui sub tut.* Als einen solchen Grund erkennen aber die Gesetze nur die unabwendbare Nothwendigkeit an, nämlich

a. wenn die drängenden Schulden des Pupillen auf keine andere Weise getilgt werden können: L. 12. C. *de Praed. et al. reb.*

b. wenn die übrigen Mittel des Pupillen zu dessen Erziehung oder Lebensunterhalt nicht ausreichen. Dieß versteht sich so ganz von selbst, daß es einer gesetzlichen Sanction darüber nicht bedurfte.

c. wenn ein minderjähriges Frauenzimmer sich verheyrathen will, ihr künftiger Ehemann aber die Mitgift in baarem Gelde verlangt und solches im Pupillen-Vermögen nicht vorhanden ist: L. 61. §. 1. D. *de Iure dot.* und

d. wenn die Miteigenthümer eines Pupillen-Grundstückes auf Theilung desselben antragen und die übrigen Mittel des Pupillen zur Abfindung derselben nicht hinreichen: L. 5. §. vlt. D. *de Reb. eor. qui sub tut.*

Tritt nun einer dieser Fälle ein, so soll demungeachtet nicht gleich zur Veräußerung im engern Sinne geschritten, sondern erst untersucht werden, ob der Zweck vielleicht durch bloße Verpfändung erreicht werden könne: L. 5. §. 10. D. *eod.* und, wenn dieß nicht der Fall ist, so muß die Veräußerung zunächst auf die werthloseren und entbehrlicheren Gegenstände gerichtet werden: L. 5. *cit.* §. 9. — Der bloße Nutzen des Pupillen kann aber die Veräußerung nicht rechtfertigen: L. 5. §. 14. D. *eod.*

2) decretum alienationis. Wenn nun aber auch eine iusta caussa alienationis vorhanden ist, so hat doch der Vormund darum noch keineswegs das Recht, die letztere eigenmächtig vorzunehmen, sondern er bedarf zu diesem Zwecke eines obrigkeitlichen Decretes, nämlich eines schriftlichen Erlaubnißscheines, mit welchem er sich zu jeder Zeit und unter allen Umständen zu legitimiren hat: L. 22. C. *de Administr. tut.*

Eine Veräußerung der Pupillengüter, bey welcher die sollemnitas alienationis in einem jener beyden Erfordernisse verletzt ist, kann durchaus keine rechtliche Wirkung haben, sondern muß als ungültig betrachtet werden, weshalb denn der pupillus gegen jeden Besitzer der veräußerten Gegenstände die directa rei vindicatio anstellen kann, ohne diesem zur Wiedererstattung der bezahlten Kaufsumme verbunden zu seyn: L. 2. C. *Si quis ignor. rem min.*, es müßte denn der Beklagte darthun können, daß das von ihm bezahlte Geld in den Nutzen des Mündels verwendet worden sey. In diesem Falle kann zwar der Letztere noch immer vindiciren, muß aber den Kaufpreis zurückgeben: L. 14. u. 16. D. *de Praed. et al. reb.*

§. 355.

γγ. Fälle, in welchen die sollemnitas alienationis nicht erfordert wird.

Es giebt aber auch Fälle, in welchen eine ohne sollemnitas alienationis vorgenommene Veräußerung der Mündelgüter entweder gleich anfangs gültig ist, oder späterhin gültig wird:

1) wenn der Vater in seinem letzten Willen, selbst wenn dieser außerdem ungültig wäre: L. vlt. D. *de Reb. eor. qui sub tut.* die Veräußerung vorgeschrieben oder doch gestattet hat: L. 1. §. 2. D. *eod.*,

2) wenn dasselbe durch ein Rescript des Landesherrn geschehen ist: L. 2. C. *Quando decreto non op.*,

3) wenn ein Pupillen-Grundstück unter der sollemnitas alienationis verpfändet worden war und der Pfandgläubiger dasselbe kraft seines ius distrahendi veräußert: L. 7. §. 1. D. *de Reb. eor. qui sub tut.*,

4) wenn die veräußerten Gegenstände solche waren, quae seruando seruari nequeunt, wohin z. B. Kleider gehören: L. 22. C. *de Administr. tut.* — Weil aber der Begriff derjenigen Sachen, welche durch Aufbewahren an ihrem Werthe verlieren, sehr unbestimmt ist, so hat die Praxis die sollemnitas alienationis in Hinsicht auf alle diejenigen, beweglichen Gegenstände nachgelassen, welche keinen namhaften Werth besitzen,

5) wenn der Vormund Gelder des Pupillen an dessen Gläubiger auszahlt, oder wenn er sie ausleiht oder aufwendet, um gewisse Bedürfnisse des Pupillen zu befriedigen oder für denselben Grundstücke anzukaufen: L. 23. u. 24. C. *eod.*,

6) wenn der Pupill, dafern er eidesmündig, also minus plene pubes ist, die Veräußerung mittelst Eides bestärkt hat: Auth. *Sacramenta puberum* C. Si aduersus vendit., was aber heut zu Tage in allen Staaten aufgehoben ist,

7) wenn der Pupill nach erlangter Volljährigkeit die ungültige Veräußerung entweder ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt: L. 1. u. 2. C. *Si maior factus alienat.* Der letztere Fall tritt z. B. ein, wenn der Pupill nach erlangter Volljährigkeit den noch rückständigen Kaufpreis einfordert,

8) wenn der Vormund Erbe des Pupillen oder dieser Erbe des Vormundes wird. Jedoch convalescirt in diesem Falle die Veräußerung nur so weit, als das Erbtheil reicht: arg. L. 13. §. 4. D. *de Fundo dot.* und

9) wenn der Veräußerung die Verjährung zur Seite steht. Hier ist zu unterscheiden, ob der dritte Besitzer der veräußerten Sache, gegen welchen der pupillus die rei vindicatio anstellen will, diese Sache titulo *oneroso* oder *lucratiuo* erworben hat. Im erstern Falle, also z. B. wenn der dritte Besitzer die Sache gekauft hatte, wird die Veräußerung schon nach Ablauf von fünf Jahren gültig, welche von erlangter Volljährigkeit an zu rechnen sind, und während welcher der gewesene pupillus die Veräußerung nicht angefochten hatte: L. 3. C. *Si maior fact. alienat.* — Im letztern Falle aber fragt sich's, ob derselbe in conditione vsucapiendi sey, also ob er die fragliche Sache iusto titulo und bona fide erworben habe, oder nicht? Ist der dritte Besitzer in conditione vsucapiendi, so wird die Veräußerung nach Ablauf von zehn Jahren inter praesentes, oder von zwanzig Jahren inter absentes, von erlangter Volljährigkeit an gerechnet, gültig: L. vn. C. *de Vsucap. transform.* und dem Pupillen, welcher nach Ablauf dieser Zeit die rei vindicatio anstellt, setzt der Besitzer die exceptio praescriptionis *adquisitiuae* entgegen. Ist aber der dritte Besitzer nicht in conditione vsucapiendi, so wird die Veräußerung erst nach Ablauf von dreyßig Jahren, von erlangter Volljährigkeit an gerechnet, gültig, denn dem pupillus, welcher erst nach Ablauf dieser Zeit die rei vindicatio anstellt, setzt der Besitzer die exceptio praescriptionis *exstinctiuae* entgegen: L. 3. C. *de Praescr. XXX. annor.* Die beyden letztern Fälle unterscheiden sich durch den Gegenstand der Verjährung. Dieser ist nämlich, wenn sich der dritte Besitzer in conditione vsucapiendi befindet, die veräußerte Sache selbst, außerdem aber die rei vindicatio, welche, wie in der Regel jede andere Klage, nur dreyßig Jahre lang angestellt werden kann.

§. 356.

γ. Von Ablegung der Rechnungen.

Nach R. R. brauchte der Vormund erst nach beendigter Tutel von seiner Verwaltung Rechnung abzulegen: L. 14. C. *de*

Admin. tut., heut zu Tage aber ist der Vormund hierzu alljährlich verbunden: Reichs-Polizey-Ordnung: Tit. XXXI. §. 3. und zwar an die Obrigkeit, von welcher er bestätigt worden ist. Von dieser Obliegenheit kann selbst der Vater durch letztwillige Verordnung den Vormund nicht befreyen: L. 28. §. 4. D. *de Liberat. leg.*

Bey den Vormundschafts-Rechnungen muß Einnahme und Ausgabe nicht nur auf das Genaueste angegeben, sondern auch durch Quittungen und andere Beweismittel bescheinigt werden. Wenn die Rechnungen von der Obrigkeit geprüft und für richtig befunden worden sind, so wird dem Vormunde ein Justifications-Schein ausgestellt, welcher die Wirkung hat, daß die Rechnungen später nicht wieder angefochten werden können, es müßte denn ein Rechnungsfehler oder ein Betrug nachgewiesen werden können.

Vierte Abtheilung.

Von der Beendigung der Vormundschaft.

§. 357.

1. Ursachen:

a. in der Person des Pupillen.

Die Ursachen, aus welchen die Beendigung der Vormundschaft eintritt, sind doppelt, jenachdem sie von der Person des Pupillen oder von der des Vormundes ausgehen. Die Ursachen der erstern Art sind folgende:

1) der Tod des Pupillen,

2) die pubertas minus plena nach R. R.: pr. Inst. *Quib. mod. tut. fin.* die Volljährigkeit nach heutigem,

3) die *venia aetatis*: venia per rescriptum principis pupillo concessa, qua hic ipse maioribus ciuibus acquiparatur. Kein Minderjähriger darf um die venia aetatis ansuchen, wenn er nicht bereits zur aetas firmata gelangt ist (§. 201.) und Zeugnisse seiner Obrigkeit beybringen kann, daß er ein sparsames und sittliches Leben führe: L. 2. C. *de His, qui ven. aet.* — Doch bleibt, trotz der ertheilten venia aetatis, das Recht des Minderjährigen ausgeschlossen, seine Güter ohne decretum alienationis zu veräußern, es geschehe nun die Veräußerung im engern oder weitern Sinne: L. 3. C. *eod.*, so wie auch das Recht, solche Aemter zu über-

nehmen, welche die Volljährigkeit erfordern, wohin namentlich die tutela selbst gehört: L. 4. C. *eod.*, es müßte denn das landesherrliche Rescript auch diese Rechte dem Minderjährigen ausdrücklich gestattet haben und

4) capitis deminutio des Pupillen, wenn dieser sich arrogiren läßt: §. 1. Inst. *Quib. mod. tut. fin.*

§. 358.

b. Ursachen in der Person des Vormundes.

Die Ursachen der zweyten Art sind folgende:

1) der Tod des Vormundes, nach welchem dem Pupillen ein anderer Vormund zu bestellen ist,

2) capitis deminutio desselben: §. 4. Inst. *Quib. mod. tut. fin.*;

3) Eintritt einer excusatio, wegen welcher es dem Vormunde gestattet ist, die bereits übernommene Vormundschaft niederzulegen (§. 343.),

4) Ablauf der Zeit, für welche der Vormund bestellt worden war: §. 5. Inst. *eod.*,

5) Eintritt einer conditio resolutiua, unter welcher der Vormund in dem vom Vater des Pupillen errichteten Testamente ernannt worden war: §. 2. Inst. *eod.*,

6) Eingehung einer zweyten Ehe von Seiten der Mutter oder Großmutter, welche die Vormundschaft übernommen hatten: Nou. 94. c. 2. in fin. und

7) treulose Verwaltung, wegen welcher nach R. R. das crimen suspecti von jedem Staatsbürger gegen den Vormund angestellt werden konnte, nämlich eine öffentliche Anklage des pflichtvergessenen Vormundes, welche auf dessen remotio gerichtet war: §. 6. Inst. *Quib. mod. tut. fin.* und §. 5. u. 6. Inst. *de Suspect. tut.* — Heut zu Tage reicht jede unverdächtige Anzeige bey der Obrigkeit hin, worauf diese die Untersuchung anzustellen und den erweislich betrügerischen Vormund seines Amtes zu entsetzen hat.

§. 359.

2. Klagen, welche in Hinsicht auf die der Vormundschaft angestellt werden können:

a. solche, welche dem Pupillen zustehen:

α. gegen den Vormund selbst.

Der pupillus hat gegen seinen Vormund ein doppeltes Recht, nämlich ein ius *reale* und ein ius *personale*. Das erstere, welches er zur Sicherheit seines Vermögens genießt, ist eine hypotheca tacita generalis an den Gütern des Vormundes: L. 20. C. *de Admin. tut.* — Kraft dieses dinglichen Rechtes stellt der Pupill die actio hypothecaria rücksichtlich aller Gegenstände an, welche seit der Uebernahme der Vormundschaft zu dem Vermögen des Vormundes gehören oder gehört haben, mithin auch gegen jeden dritten Besitzer, welcher dieselben nach jener Zeit erworben hat. — Das ius *personale* steht aber dem Pupillen, wie bereits oben (§. 335.) gesagt wurde, aus der tutela, als einem quasicontractus, zu und ist das Recht, vom Vormunde die Erfüllung dieses Contraktes zu verlangen, weshalb auch die desfalls anzustellende Klage actio tutelae *directa* genannt wird: actio personalis, quam pupillus finita tutela aduersus tutorem instituit ad rationes reddendas, bona restituenda et damnum, quod dolo vel culpa tutoris illatum est, resarciendum. Vgl. §. 2. Inst. *de Oblig. quae quasi ex contr.* und L. 1. pr. u. §. 3. D. *de Tutel. et ration. distrah.* — Diese Klage kann nicht nur vom pupillus selbst, sondern auch von dessen Erben: L. 4. pr. D. *eod.* und nicht nur gegen den Vormund selbst, sondern auch gegen dessen Erben angestellt werden: L. 4. C. *de Hered. tut.* Aber der Pupill ist mit seiner Klage nicht auf denjenigen Vormund beschränkt, welcher die Tutel unmittelbar verwaltet hat, also auf den tutor gerens, er kann vielmehr, wenn von diesem nichts zu erlangen ist, auch die tutores honorarios: L. 3. §. 2. D. *de Admin. et peric. tut.*, die tutores notitiae caussa datos: L. 1. C. *de Peric. tut.* und die protutores: L. 1. pr. *de Eo, qui pro tut.* mit demselben Rechtsmittel belangen, nur daß dieses im letzten Falle actio protutelae genannt wird (§. 147.). Endlich darf diese Klage, sowohl nach R. R. als nach heutigem, nur nach beendigter Vormundschaft angestellt werden: L. 4. D. *de Tutel. et rat. distr.*

Nach reinem R. R. stand aber dem pupillus noch eine besondere Strafklage gegen denjenigen Vormund zu, welcher

sich erweislich eine Veruntrauung zu Schulden gebracht hatte, nämlich die *actio de distrahendis rationibus* (de bonis distractis): actio poenalis a pupillo finita tutela aduersus tutorem instituenda, qui non ex fide gessit, ad duplum eius, quod contrectauit, praestandum: L. 2. pr. D. *eod.* Diese Klage entsprang nicht aus dem quasicontractus tutelae, sondern aus einem delictum priuatum, wegen dessen auch die condictio furtiua und actio furti angestellt werden konnten, obwohl die beyden letztern Klagen die erstere aufhoben: L. 2. *cit.* §. 1. Die Klage selbst war eine actio *mixta,* indem das petitum des Doppelten den Ersatz des Einfachen mit umfaßte, die Strafe also nur darin bestand, daß, außer dem Ersatze, noch einmal so viel geleistet werden mußte: L. 2. *cit.* §. 2. Sie konnte, gleich der actio tutelae directa, nur nach beendigter Vormundschaft: L. 1. §. 24. D. *eod.* und zwar vom pupillus und dessen Erben, aber nicht gegen die Erben des Vormundes angestellt werden, weil sie eine Strafklage war: L. 1. *cit.* §. 23. — Heut zu Tage kann diese Klage nicht mehr vorkommen, weil actiones poenales dem heutigen Rechte fremd sind, nach diesem vielmehr ein Criminal-Verfahren eingeleitet wird.

§. 360.

β. Gegen dritte Personen.

Sollten die bisher beschriebenen Klagen gegen den Vormund selbst oder dessen Erben keine Befriedigung gewähren, so kann der pupillus noch in subsidium folgende Personen in Anspruch nehmen:

1) die fideiussores tutoris, also Diejenigen, welche ausdrücklich oder stillschweigend: L. 4 §. 3. D. *de Fideiussor. et nominator.* versprochen haben, für die redliche Verwaltung des Vormundes einzustehen: L. 5. D. *eod.* Doch können sie nicht eher mit Wirkung verklagt werden, als bis die Insolvenz des Vormundes bewiesen ist: L. 2. C. *de Fideiussor. tut.* und Nou. 4. c. 1. Die gegen die Bürgen des Vormundes anzustellende Klage ist aber nicht die actio tutelae directa, sondern die actio ex stipulatu, weil nach R. R. die Bürgschaften in der Regel nicht anders als unter der Form der Stipulation eingegangen werden konnten;

2) die nominatores: L. 4. C. *de Magistrat. conuen.*

3) die adfirmatores, insofern ihnen ein dolus nachgewiesen werden kann: L. 4. §. 3. D. *de Fideiuss. et nominat.* — Aber sowohl die nominatores, als die adfirmatores konnten nach R. R.

nur mit der actio tutelae directa, niemals aber mit der actio de distrahendis rationibus belangt werden, weil diese, als actio poenalis, bloß gegen die verbrechende Person angestellt werden durfte: L. 16. §. 2. D. *Quod met. caus.* Endlich

4) die Obrigkeit, als Obervormundschaft, insofern sie sich bey Bestellung des Vormundes, oder während der Verwaltung der Tutel, namentlich bey Veräußerungen von Mündelgütern, Ungesetzlichkeiten zu Schulden gebracht hat: L. 5. C. *de Magistrat. conuen.* Die hier anzustellende Klage ist eine vtilis und wird actio subsidiaria de magistratibus conueniendis genannt. Sie kann auch heut zu Tage, aber, wie nach R. R., nur dann angestellt werden, wenn alle vorerwähnte Personen, so wie die dritten Besitzer der zum Vermögen des Vormundes gehörigen Gegenstände (an welchen dem Pupillen ein stillschweigendes Pfandrecht zusteht) vergeblich belangt worden sind: L. 1. C. *eod.*

§. 361.

b. Klage des Vormundes.

Bey Gelegenheit des quasicontractus tutelae, aber nicht aus demselben, kann auch für den Vormund eine Klage entstehen, nämlich die actio tutelae *contraria*: actio personalis, quam tutor finita tutela aduersus pupillum ad consequendam indemnitatem instituit: §. 2. Inst. *de Oblig. quae quasi ex contr.* und L. 1. pr. D. *de Contraria tutel. act.* — Mit dieser Klage verlangt der Vormund, daß ihm der pupillus den Schaden ersetzen solle, welchen er, der Vormund, durch die Verwaltung der Vormundschaft erlitten hat. Besonders wird hier von der Wiedererstattung der Auslagen die Rede seyn, welche der Vormund zum Besten des Pupillen aus seinen eigenen Mitteln bestritten hat: L. 1. *cit.* pr. u. §. 4., weshalb denn die erwähnte Klage nicht nur vom Vormunde selbst, sondern auch von dessen Erben und nicht nur gegen den Pupillen selbst, sondern auch gegen dessen Erben: L. 3. §. vlt. D. *eod.*, unter allen Umständen aber nur nach beendigter Vormundschaft: L. 1. §. 3. D. *eod.* angestellt werden darf, weil man erst dann gewiß werden kann, ob der Vormund Forderungen gegen den pupillus habe, oder nicht.

Zuweilen kann der Vormund auch noch eine andere Klage gegen den Pupillen oder dessen Erben erheben. Denn obwohl in der Regel der Vormund für die Verwaltung der Tutel keine Be-

zahlung verlangen kann, weil er dadurch nur eine allgemeine, staatsbürgerliche Pflicht erfüllt: L. 58. pr. in fin. D. *de Admin. et peric. tut.*, so lassen es doch die Gesetze geschehen, daß entweder der Vater des Pupillen in seinem Testamente, oder die Obrigkeit, wenn die Verwaltung der Tutel mit vieler Arbeit und besondern Schwierigkeiten verknüpft ist, dem Vormunde eine Vergütung aussetze: L. 33. §. 3. D. *eod.* „nisi ab eo, qui eum dat, *certum solatium* ei constitutum est". Ein solches Honorar kann allerdings vom Vormunde eingeklagt werden, jedoch nicht mit der actio tutelae contraria, welche damit auf keine Weise zusammenhängt, sondern mit der actio personalis ex testamento, wenn das Honorar vom Vater des Pupillen, mit der condictio ex lege 33. *cit.*, wenn es von der Obrigkeit festgestellt worden ist.

Zweyter Titel.

Von der Cura.

§. 362.

1. Begriff und Gattungen.

Cura s. *curatio* (Curatel): munus publicum, quod in administratione bonorum versatur hominis sui iuris, qui ipse rebus suis superesse nequit: pr. Inst. *de Curatorib.* — Die cura ist eben so alt, als die tutela, nämlich ebenfalls in den zwölf Tafeln begründet, obwohl in diesen nicht alle Gattungen derselben vorkommen, sondern nur die cura furiosorum, die cura eorum, qui vitio corporis laborant und die cura prodigorum. Aber die cura *aetatis* s. *minorum* entstand erst später und zwar durch die Lex Laetoria (Plaetoria) vom Jahr 490., welche auch Lex quinauicennaria genannt wird, weil sie die Volljährigkeit auf das 25ste Jahr feststellte. Durch dieses Gesetz wurde bestimmt, daß, wenn ein Unmündiger pubes geworden wäre, es von ihm selbst abhängen sollte, ob er unter der Tutel bleiben, oder einen curator haben wollte. Der Kaiser Marcus Aurelius Antoninus änderte aber diese Verfügung dahin ab, daß alle adolescentes, nämlich alle Minderjährige, welche die pubertas minus plena erlangt hatten, für gewisse vom Gesetze bezeichnete Geschäfte, auch wider ihren Willen, curatores erhalten sollten. — Diese cura minorum kommt, wie bereits oben bemerkt wurde, heut zu Tage nicht mehr vor, weil die tutela nach heutigem Rechte bis zur

Volljährigkeit dauert. Noch später traten die cura pupillorum, bonorum, ventris, ex edicto Carboniano, hereditatis iacentis und absentium hinzu.

Ueber die Fähigkeit, eine cura zu verwalten, so wie über die excusationes curatorum gelten dieselben Grundsätze, wie bey der Tutel, nur ist in letzterer Hinsicht noch als etwas Eigenthümliches zu erwähnen, daß Der, welcher bereits über einen bestimmten Unmündigen die Tutel geführt hat, nicht gezwungen werden kann, auch dessen cura zu übernehmen: §. 18. Inst. *de Excusat.*

§. 363.

2. Eintheilungen.

Nach der rechtlichen Natur der cura und den Wirkungen, welche sie hervorbringt, haben die Rechtslehrer folgende Eintheilungen derselben aufgestellt:

1) in *simplicem*: quae sola in bonorum administratione versatur, z. B. die cura prodigorum, und *mixtam*: quae non tantum bonorum, sed et personae rationem habet, z. B. die cura furiosorum;

2) in *plenam*: quae in vera *administratione* bonorum consistit, z. B. die cura prodigorum, und *minus plenam*: quae tantum *custodiam* bonorum inuoluit, z. B. die cura ventris;

3) in *generalem*: quae omnia curandi negotia complectitur, z. B. die cura furiosorum, und *specialem*: quae tantummodo ad singulum curandi negotium spectat, z. B. die cura pupillorum; endlich

4) in *necessariam*: quae curando etiam inuito locum habet, z. B. die cura prodigorum, und *voluntariam*: quae solummodo precibus curandi nititur, z. B. die cura eorum, qui vitio corporis laborant.

§. 364.

3. Unterschied zwischen der tutela und cura.

Zwischen der Vormundschaft und Curatel finden folgende Unterschiede Statt:

1) tutor datur personae, curator rei: L. 14. D. *de Testam. tut.* Diese Regel deutet an, daß der tutor zur Ergänzung der

juristischen Persönlichkeit des Pupillen bestellt wird und daher nicht nur das ganze Vermögen des letztern verwalten, sondern auch für dessen persönliche Wohlfahrt Sorge tragen soll: L. vlt. C. *de Auct. praest.*, dahingegen der curator im Wesentlichen bloß zur Verwaltung des Vermögens niedergesetzt wird: L. 20. D. *de Ritu nupt.* und in den meisten Fällen auch nur bey bestimmten, juristischen Handlungen nothwendig ist: §. 2. Inst. *de Curator.* und L. 7. §. 2. D. *de Minorib.* — Weil aber bey manchen Arten der cura auch das persönliche Wohl des curandus zu berücksichtigen ist, wohin der oben erklärte Begriff der cura *mixta* gehört, so stellt man über die cura im Allgemeinen den Grundsatz auf: curator primario rei, secundario personae datur;

2) der tutor kann jederzeit nur für impuberes, welche sui iuris sind, der curator in der Regel nur für puberes bestellt werden. Doch kommen allerdings auch Fälle vor, in welchen einem impubes ein curator bestellt wird: §. 3. Inst. *de Auct. tut.* und aus diesem Grunde ist das Wort puberis nicht mit in die oben aufgestellte Definition der cura aufgenommen worden;

3) der tutor wird auch wider Willen des pupillus bestellt, hingegen zu Einsetzung eines curator ist in der Regel die Einwilligung des curandus erforderlich: §. 2. Inst. *de Curat.*;

4) der tutor muß alle Geschäfte versehen, welche den pupillus betreffen, der curator kann auch bloß zu einzelnen Geschäften bestellt werden: L. 7. §. 2. D. *de Minorib.*;

5) dem tutor wird eine auctoritas zugeschrieben: pr. Inst. *de Auctorit. tut.*, dem curator bloß ein consensus oder auxilium: L. 1. pr. D. *de Minorib.*;

6) der tutor kann testamentarius seyn, der curator bloß legitimus oder datiuus: §. 1. Inst. *de Curat.* — Die cura kann nämlich durch letzten Willen deshalb nicht angeordnet werden, weil der Vater nicht befugt ist, seinen Kindern im Testamente über deren Pubertät hinaus etwas vorzuschreiben. Endlich

7) der tutor wird von andern Personen, als von dem pupillus: L. 2. pr. D. *Qui pet. tut.*, der curator aber von dem curandus selbst erbeten: L. 2. *cit.* §. 5.

§. 365.

4. Einzelne Arten der cura:

a. Cura minorum.

Die cura minorum des R. R., welche dem heutigen unbekannt ist, besteht keinesweges darin, daß der curator das Vermögen des curandus ausschließlich verwalten und bey allen Rechtsgeschäften des letztern concurriren müßte, sondern äußert sich bloß insofern, als der Beytritt (consensus) des curator zu einzelnen, wichtigern Geschäften erforderlich ist, wenn dieselben rechtliche Wirkung haben sollen. Diese Geschäfte sind aber folgende:

1) jede Veräußerung von Gütern, welche sich im Vermögen des curandus befinden: L. 3. C. *de In integr. rest. min.*,

2) ein Proceß, welcher das Vermögen des Minderjährigen betrifft: §. 2. Inst. *de Curat.* Hier ist zu lesen: „curatores non accipiunt, praeterquam ad certam caussam, curator enim et in litem dari potest".

3) Empfangnahme von Zahlungen, welche von den Schuldnern des curandus geleistet werden: L. 7. §. 2. D. *de Minorib.* und

4) wenn der bisherige Vormund dem gewesenen Pupillen Rechnung ablegen soll: L. 7. C. *Qui pet. tut. vel curat.*

Bey Veräußerungen ist der curator an dieselben Vorschriften gebunden, welche der tutor zu beobachten hat (§. 353. und 354.) und beendigt wird die cura minorum durch die Volljährigkeit des curandus, außerdem aber auf dieselben Arten, wie die Tutel (§. 357. und 358.).

§. 366.

b. Cura furiosorum.

Diese trifft nicht nur die eigentlichen furiosos, sondern auch die mente captos (§. 204.), vorausgesetzt, daß dieselben puberes sind, weil sie außerdem ihren tutor haben, und daß sie sich nicht in väterlicher Gewalt befinden, welche jede weitere Fursorge überflüssig macht. Nur ist zwischen der cura furiosorum und der cura mente captorum der Unterschied zu bemerken, daß die erstere so lange ruht, als die erweislich lichten Zwischenräume des furiosus dauern: L. 6. C. *de Curat. furios.* — Diese cura ist eine

mixta, weil der curator nicht nur das Vermögen des Wahnsinnigen zu verwalten, sondern auch für eine zweckmäßige, leibliche und geistige Verpflegung und Behandlung desselben zu sorgen hat: L. 7. pr. D. *eod.* — Im ältern R. R. war die cura furiosorum eine cura legitima, d. h. sie fiel auf die nächsten Intestaterben des Wahnsinnigen: §. 3. Inst. *de Curat.*, nach neuerem R. R. aber und heut zu Tage ist sie bloß datiua: §. 3. u. 4. *eod.*, d. h. der curator furiosi kann nur von der Obrigkeit bestellt werden, welche jedoch vom Gesetze angewiesen ist, die Wünsche zu berücksichtigen, welche in dieser Beziehung der Vater in seinem letzten Willen ausgesprochen hat: L. 16. pr. D. *de Curat. furios.* und außerdem auf die nächsten Verwandten des Wahnsinnigen zu reflectiren: L. 2. u. 4. D. *eod.* — Die eigenthümliche Beendigungsart dieser cura ist die Wiederherstellung des curandus: L. 1. pr. D. *eod.* Vgl. auch L. 6. C. *eod.*

§. 367.

c. Cura eorum, qui vitio corporis laborant.

Hierher gehören alle Die, welche im gemeinen Leben preßhafte Personen genannt werden, also nicht bloß solche, welche mit einem vitium behaftet sind, wie z. B. die Taubstummen: L. 2. D. *de Curat. furios.* in Verb. mit §. 4. Inst. *de Curat.*, sondern auch solche, welche an einem langwierigen morbus sonticus (§. 203.) leiden, z. B. die, welche an einer allgemeinen Schwäche darnieder liegen: §. 4. *cit.* — Da aber hier Alles auf individuelle Zustände ankommt, welche nur der Kranke selbst beurtheilen kann, so muß man wohl der gewöhnlichen Meynung beypflichten, daß diese cura eine voluntaria sey, den preßhaften Personen also nur auf ihr Verlangen ein curator bestellt wird.

§. 368.

d. Cura prodigorum.

Im ältern R. R. war die cura der Verschwender (§. 205.) eine cura legitima und stand daher den nächsten Intestaterben zu: §. 3. Inst. *de Curat.* Nach neuerem R. R. ist sie datiua: L. 1. pr. D. *de Curat. furios.*, wobey jedoch die Obrigkeit ebenfalls die nächsten Verwandten zu berücksichtigen hat: L. 1. §. 1. D. *eod.* Heut zu Tage aber darf dem prodigus nur auf

Befehl des Landesherrn ein curator gesetzt werden, weil nur von diesem die Erklärung für einen Verschwender ausgehen kann. Diese cura ist simplex, denn der curator hat auf die Person des Verschwenders keinen Einfluß, sondern nur dessen Vermögen zu verwalten: L. 10. D. *eod.*, woraus denn von selbst hervorgeht, daß sich der prodigus in Hinsicht auf das letztere ohne consensus curatoris nicht verbindlich machen, wohl aber Rechtshandlungen vornehmen kann, welche sich auf dasselbe nicht beziehen, wie z. B. daß er sich ohne Beytritt seines curator gültig vermiethen oder verloben kann. Ein Testament kann aber der Verschwender weder mit, noch ohne Einwilligung des curator errichten: §. 2. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.*

Die cura prodigorum erlischt nach R. R. ipso iure, wenn der Verschwender erweislich zur Ordnung zurückgekehrt ist: L. 1. D. *de Curat. furios.*, nach heutigem aber nur dann, wenn die Erklärung für einen Verschwender förmlich und öffentlich zurückgenommen worden ist.

§. 369.

e. Cura pupillorum.

Auch den impuberibus, welche sui iuris sind, muß zuweilen ein curator bestellt werden: §. 3. Inst. *de Auct. tut.* Denn obwohl das R. R. den allgemeinen Grundsatz aufstellt: tutorem habenti curator non datur: L. 11. D. *de Tut. et cur. dat.*, so läßt es doch folgende Ausnahmen zu:

1) wenn Vormund und Pupill in andere, rechtliche Beziehungen zu einander treten, als die Vormundschaft mit sich bringt, wie wenn sie mit einander einen Contrakt schließen oder einen Proceß führen: §. 3. Inst. *de Auct. tut.*,

2) wenn der pupillus während der Vormundschaft Grundstücke erwirbt, welche von dem Wohnorte des Vormundes allzu entfernt liegen: L. 21. §. 2. D. *de Excusat.* Obwohl in dieser Gesetzstelle der curator mit dem Namen des tutor bezeichnet wird, so dürfte doch, genau genommen, der erstere Ausdruck richtiger seyn;

3) wenn der Vormund wegen der absentia reipublicae caussa auf eine gewisse Zeit sein Amt niederlegt: arg. L. 1. C. *Si tut. vel cur. reipubl. caus.*,

4) wenn der tutor während der Vormundschaft so krank wird, daß er eine Zeit lang die tutela nicht verwalten kann: L. 10. §. 8. D. *de Excusat.*,

5) wenn der tutor gegen Uebernahme der Vormundschaft appellirt hat und die Appellation noch anhängig ist: L. 17. §. 1. *de Appellat. et relat.* und

6) wenn der Vormund wegen treuloser Verwaltung in Untersuchung ist: arg. §. 7. Inst. *de Suspect. tutor.* In diesem Falle muß der Pupill bis zu Austrag der Sache einen curator erhalten.

Aus dem Bisshergesagten geht hervor, daß dem pupillus während der Vormundschaft nicht noch ein anderer tutor, sondern, wenn die oben angeführten Fälle es erheischen, nur ein curator bestellt werden kann, also die Rechtsregel: tutorem habenti tutor non datur: §. 5. Inst. *de Curat.* Ausnahmen von dieser Regel treten aber dann ein, wenn der Pupill zu einer Zeit, zu welcher der Vormund sein Amt nicht verwalten kann, eine Rechtshandlung vornehmen soll, welche die auctoritas tutoris erfordert und zu welcher der consensus curatoris nicht ausreichend ist, wohin besonders der Antritt einer Erbschaft gerechnet werden muß: L. 17. §. 1. D. *de Appellat.* In einem solchen Falle ist dem pupillus zu dieser Rechtshandlung ein tutor zu bestellen.

§. 370.

f. Cura ventris.

Venter ist hier gleichbedeutend mit nasciturus, oder der Leibesfrucht, mit welcher eine Wittwe schwanger geht: L. 1. pr. D *de Ventre in possess. mitt.* Diese cura ist allezeit nur datiua und das Hauptgesetz darüber die angeführte L. 1., besonders: §. 17—24. Hiernach sind folgende Grundsätze über diese cura zu merken:

1) sie tritt, wenn die Schwangerschaft ungewiß ist, auf Verlangen der Wittwe ein, wenn sie aber gewiß ist, auch wider den Willen derselben,

2) der curator ventris hat dafür zu sorgen, daß die Wittwe keine Noth leidet, damit der zu hoffende postumus glücklich zur Welt komme,

3) er muß genaue Einsicht in die Erbschaft und den dem künftigen postumus zufallenden Erbtheil in Beschlag nehmen und gewissenhaft verwalten,

4) die cura ventris hört auf: a. wenn es sich entscheidet, daß die Wittwe nicht schwanger ist und b. wenn sie geboren hat, das Kind möge nun ein lebendes, oder ein todtes, oder auch ein monstrum seyn. Denn im ersten Falle muß dem postumus sogleich ein tutor bestellt werden, im zweyten fällt der Erbtheil, welcher für den nasciturus abgesondert worden war, in die Erbschaftsmasse zurück und im letzten muß der partus getödtet werden, was zu demselben Resultate, wie im zweyten Falle führt.

Im Uebrigen ist der Obrigkeit vorgeschrieben, daß sie zum curator ventris zunächst Denjenigen wähle, welcher im väterlichen Testamente zum tutor des postumus ernannt worden ist und, dafern eine solche Verfügung ermangelt, einen der nächsten Verwandten oder Freunde, oder auch einen Gläubiger der Erbschaft: L. 1. *cit.* §. 23.

§. 371.

g. Cura absentium.

Diese kann nur zum Besten solcher abwesender Personen eintreten, welche sich entweder in feindlicher Gefangenschaft befinden, oder deren Aufenthalt völlig unbekannt ist, welche aber in beyden Fällen sui iuris und volljährig sind und an ihrem Wohnorte keinen Bevollmächtigten zurückgelassen haben. Treffen alle diese Umstände zusammen, so hat die competente Obrigkeit die Pflicht auf sich, dem Abwesenden zur Verwaltung seines Vermögens einen curator zu bestellen: L. 15. pr. D. *Ex quib. caus. maior.* — L. 6. §. 2. D. *Quib. ex caus. in poss.* — L. 3. C. *de Postlim. reuers.*, aber auch hier zuerst die nächsten Verwandten des Abwesenden zu berücksichtigen. Diese cura ist datiua und simplex, denn die Pflichten des curator können nur auf das Vermögen des Abwesenden gerichtet seyn. Die cura absentium erlischt aber: 1) wenn sichere Nachricht eingeht, daß der Abwesende verstorben sey, 2) wenn der Abwesende wiederkehrt und 3) wenn derselbe für todt erklärt wird.

§. 372.

Uebrige Arten.

h. Cura bonorum. Diese findet im Concurse Statt. Wenn nämlich Concurs zu den Gütern eines Gemeinschuldners eröffnet worden ist, so müssen Maaßregeln getroffen werden, daß das

gesammte Vermögen des Letztern (die Masse) den Gläubigern gesichert bleibe und zu diesem Zwecke ist von den Gläubigern selbst, oder, wenn diese sich nicht vereinigen können, von der competenten Obrigkeit ein curator bonorum (Gütervertreter) einzusetzen, der auch aus der Zahl der Gläubiger selbst gewählt werden kann und die Pflicht auf sich hat, ein vollständiges Inventarium über die Masse aufzunehmen, den möglichsten Nutzen aus derselben zu ziehen, etwanigen Schaden abzuwenden, für Beytreibung der außenstehenden Schulden zu sorgen und von seiner Verwaltung den Gläubigern Rechnung abzulegen: L. 2. D. *de Curat bon.*

i. Cura hereditatis iacentis. Hereditas iacens ist eine Erbschaft, über deren Antritt sich der Erbe noch nicht erklärt hat. Sie ist wohl zu unterscheiden von der hereditas vacans, welche gar nicht angetreten wird, weil kein Erbe dazu vorhanden ist. Während nun der Erbe noch überlegt, ob er die ihm angefallene Erbschaft antreten wolle, oder nicht, so kann ihm zwar kein Recht auf dieselbe eingeräumt werden, wohl aber muß ihm bis zu seiner Erklärung die Erbschaft gesichert bleiben und deshalb ist die Obrigkeit verpflichtet, einen curator des Nachlasses zu bestellen, welcher alle Verbindlichkeiten eines Verwalters fremder Güter übernimmt: L. 3. D. *de Curat. furios.* und L. 8. D. *Quib. ex caus. in poss.*

k. Cura ex edicto Carboniano. Wenn der testator einen filius impubes hinterläßt, die übrigen Intestaterben aber diesem die Erbschaft unter der Behauptung streitig machen, daß er nicht der Sohn, oder wenigstens nicht der eheliche Sohn des Erblassers sey, so wird dem impubes, weil dieser seine Rechte nicht selbst verfolgen kann, bis zu seiner Pubertät ein curator bestellt, der die Erbschaft bis zu Austrag der Sache verwaltet: L. 1. pr. D. *de Carbon. ed.*

Die cura sexus (Geschlechtsvormundschaft) ist eine Erfindung des deutschen Rechts und dem R. R. völlig unbekannt.

Zweytes Buch.

Jus Rerum.

Erster Abschnitt.

Einleitung.

§. 373.

Begriff und Inhalt des Sachenrechts.

Ius rerum (Sachenrecht): doctrina, quae iura realia explicat. (§. 23.)

Iura realia s. *in re* s. *in rem* (dingliche Rechte): quae immediate in ipsam rem competunt ideoque contra quemcumque tertium rei possessorem exerceri possunt.

Da aber die iura realia rücksichtlich ihrer Natur und ihrer Wirkungen von einander abweichen, so stellt das R. R. verschiedene Gattungen oder Gestalten auf, unter welchen sich dieselben äußern können und welche man in der Wissenschaft mit dem Ausdrucke: species iuris in re bezeichnet. Solcher giebt es nach der richtigern Meynung überhaupt vier: 1) dominium, 2) seruitutes, 3) pignus und 4) hereditas. Die abweichenden Ansichten werden unten bey den einzelnen Gattungen angegeben werden, doch ist vorher noch von den Sachen selbst zu handeln.

§. 374.

Begriff und Eintheilungen der Sachen:

1. in res in commercio positas und commercio exemtas.

Res (Sache): quidquid in bonis esse potest. Im juristischen Sinne versteht man unter res Alles, was zu dem Vermögen eines Staatsbürgers gehören kann. Hier wird nur im Allgemeinen

die Möglichkeit angenommen. Wenn es aber gewiß ist, daß eine res sich in bonis befindet, ohne daß man hierbey auf eine bestimmte Person Rücksicht nimmt, zu deren Vermögen sie gehört, so wird die res mit dem Worte: pecunia bezeichnet, wobey man aber nicht etwa bloß an Geld denken darf: L. 178. D. *de V. S.* — Also ist *pecunia*: res, quae vere in bonis est. Sieht man jedoch auf die Person, zu deren Vermögen die res gehört, so ist die pecunia entweder patrimonium oder peculium.

Patrimonium: pecunia hominis sui iuris. Hierunter versteht man das Vermögen jedes paterfamilias oder unabhängigen Staatsbürgers: pr. Inst. *de Rer. diuis.*, obwohl in einem engern Sinne nur die körperlichen Sachen dazu gerechnet werden: L. 9. D. *Rem pup. salu. for.*

Peculium: pecunia hominis alieni iuris. Ursprünglich ist dieses Wort nur das verkleinerte pecunia: L. 5. §. 3. D. *de Pecul.* „peculium dictum est quasi pusilla pecunia, siue patrimonium pusillum". Aber in der angewandten Bedeutung ist es das Sondergut eines Sclaven oder filiusfamilias: L. 5. §. 4. D. *eod.* Vgl. §. 319.

Was nun die Eintheilungen der Sachen betrifft, so nimmt die in res in commercio positas und in res commercio exemtas, weil sie zum Grunde gelegt werden muß, die erste Stelle ein.

Commercium (Verkehr): ratio, quae propter bona inter ciues obtinet: §. 2. Inst. *de Inutil. stipul.* — L. 6. D. *de Contrah. emt.* — L. 39. §. vlt. D. *de Legat. I.* — Nicht alle Sachen befinden sich im Verkehre, d. h. es können nicht alle Sachen Gegenstand rechtlicher Geschäfte seyn, die unter den Staatsbürgern abgeschlossen werden, z. B. des Kaufes, der Schenkung, des Tausches rc., es giebt vielmehr auch solche Sachen, welche dem Verkehre entzogen sind, und dieß kann aus einem doppelten Grunde geschehen, nämlich entweder zum gemeinen Besten, oder zu Gunsten einzelner Staatsbürger. Im erstern Falle ist eine exemtio *generalis* vorhanden, kraft welcher die fraglichen Sachen von Niemandem und unter keiner Bedingung als Gegenstände rechtlicher Geschäfte behandelt werden dürfen, im letztern Falle hingegen eine exemtio *specialis*, durch welche der Verkehr über gewisse Sachen nur für besondere Beziehungen, nicht aber im Allgemeinen untersagt ist.

§. 375.

a. Exemtio generalis:

α. res publicae.

Diejenigen Sachen, welche dem Verkehre durch eine exemtio *generalis* entzogen sind, lassen sich überhaupt auf drey Classen zurückführen, indem sie entweder res *publicae*, oder res *diuini iuris* oder res *nullius* sind.

Res publicae: quarum proprietas apud singulum cogitari non potest. Diese zerfallen wieder in drey Gattungen:

1) *res communes*: quarum *vsus* ex beneficio naturae omnibus hominibus competit. Hierher gehören die Luft, das vorüberfließende Wasser, das Meer, die Inseln des Meeres und die Küsten desselben: §. 1. Inst. *de Rer. diuis.* Doch ist hierbey zu bemerken, daß der Gebrauch aller dieser Gegenstände unbeschadet derjenigen Rechte Statt finden muß, welche bereits andern Personen zustehen. So dürfen z. B. die an der Meeresküste befindlichen Mauern oder Gebäude keinesweges als res communes angesehen oder in Anspruch genommen werden: §. 1. *cit.* und L. 4. D. *de Diuis. rer. et qual.*

2) *res publicae in specie sic dictae* (Staatsgüter): quae in proprietate ciuitatis versantur. Diese sind wieder von doppelter Art:

a. *res publicae in sensu strictissimo tales*: quarum vsus omnibus singulis ciuibus patet. Hierher gehören die Landstraßen, die öffentlichen Flüsse, Brücken, Häfen ꝛc. Vgl. L. 4. §. 1. und L. 5. pr. D. *eod.* und

b. *patrimonium reipublicae* (Staatsvermögen): complexus bonorum, quae in proprietate ciuitatis ita constituta sunt, vt singuli ciues ab vsu earum arceantur. Dergleichen Sachen sind z. B. die Gelder des Staates, die Grundstücke desselben ꝛc. Vgl. L. 17. D. *de V. S.* — Vom patrimonium reipublicae ist aber das patrimonium principis zu unterscheiden, welches jedoch in vieler Hinsicht ebenfalls dem Verkehre entzogen ist: L. 39. §. 10. D. *de Legat. I.* — Nach dem deutschen Rechte ist aber das patrimonium principis von doppelter Art, nämlich: *α. patrimonium principis tamquam talis*: complexus bonorum a ciuitate principi eiusque familiae ad sustinendum splendorem principalem adsignatorum. Die Proprietät an diesen Gütern bleibt allerdings beym

Staate, dem Landesherrn aber wird in Bezug auf dieselben ein imperium ciuile zugeschrieben, kraft dessen er nicht bloß den Nießbrauch an jenen Gütern, sondern auch das Befugniß hat, sie zu verpfänden, zu Lehn zu geben und auf seine legitimen Thronfolger zu transmittiren. Diese Güter werden Domainen, Kammergüter, Krongüter genannt und sind in Hinsicht auf den Verkehr den rebus publicis in specie sic dictis gleichgestellt. In den heutigen, constitutionellen Staaten tritt an deren Stelle die Civilliste, über welche dem Regenten die freye Verfügung zusteht; β) *patrimonium principis tamquam priuati*: complexus bonorum principi aliunde, quam ex concessione reipublicae competentium. Hier steht der Landesherr jedem andern Eigenthümer gleich, so daß diese Gegenstände, so wie die der Staatsbürger sich im Privatverkehre befinden und der Landesherr völlig ungehindert über dieselben disponiren kann.

3) *res vniuersitatum* (Gemeindegüter): quae in proprietate vniuersitatis versantur. Diese sind ebenfalls von doppelter Art:

a. *res vniuersitatum in specie sic dictae*: quarum vsus omnibus singulis membris vniuersitatis competit. Hierher gehören z. B. die Gemeindewege, die Gemeindehutung 2c.

b. *patrimonium vniuersitatis* (Gemeindevermögen): complexus bonorum, quae in proprietate vniuersitatis ita constituta sunt, vt singula membra ab vsu earum arceantur, z. B. das Gemeindevermögen, das Gemeindehaus 2c. Vgl. L. 6. §. 1. D. *de Diuis. rer.* u. §. 6. Inst. *de Rer. diuis.*

§. 376.

β. Res diuini iuris.

Res diuini iuris: quae vllo modo ad cultum diuinum respiciunt, vel certe eiusmodi rebus aequiparantur: L. 1. pr. D. *de Diuis. rer.* Diese sind nach R. R. dreyfach:

1) *sacrae*: quae cultui diuino immediate inseruiunt. Hierher zählt das R. R. die zum Gottesdienste feyerlich geweiheten Orte oder Gebäude: L. 9. pr. u. §. 1. D. *eod.* Von diesen sind die res ecclesiasticae in specie zu unterscheiden, welche sich zwar im Eigenthume der Kirche befinden, aber nicht zum Gottesdienste selbst gebraucht werden, z. B. kirchliche Grundstücke: L. 17. C. *de SS. eccles.*

2) *religiosae*: quae per mortui illationem profanae esse desierunt. Dieß sind also die sepulcra (Gräber, Begräbnißplätze), in welchen, nach dem Glauben der Römer, die Manen der Verstorbenen, ihre Schutzgeister, wohnten: L. 2. §. 5. D. *de Religios. et sumt. fun.* und

3) *sanctae* (befriedete Sachen): quae ab iniuriis hominum grauiori poena munitae sunt: L. 8. D. *de Diuis. rer.* Der Grund, aus welchem irgend ein Gegenstand für eine res sancta erklärt werden kann, ist doppelt: entweder weil ihm seine Bestimmung einen höhern Platz anweist, wohin sowohl die res sacrae, als religiosae gehören: L. 9. D. *eod.* u. L. 1. D. *Ne quid in loco sacr.*, oder weil über denselben nicht sattsam gewacht werden kann, z. B. die Thore und Mauern der Städte oder die an öffentlichen Orten befindlichen Denkmäler: L. 2. D. *eod.* u. L. 9. §. 4. D. *de Diuis. rer.*

Ueber die res diuini iuris enthält das heutige Recht viele Bestimmungen, welche theils dem R. R. völlig unbekannt sind, theils von demselben abweichen und deren Darstellung in's Kirchenrecht und deutsche Recht gehört.

§. 377.

γ. Res nullius.

Res nullius kommen in einem weitern und in einem engern Sinne vor. Im weitern Sinne sind sie gleichbedeutend mit rebus commercio exemtis, so daß sie sich in nullius commercio oder in bonis nullius (singuli hominis) befinden und daher auch die res publicas u. diuini iuris mit begreifen: L. 1. pr. D. *de Diuis. rer.*

Im engern Sinne aber, welcher hierher gehört, sind *res nullius*: quae dominium non habent; §. 12. u. 18. Iust. *de Rer. diuis.* — L. 37. §. 1. D. *de Vsurp.* In diesem engern Sinne befinden sich die res nullius gar nicht in bonis, so daß sie weder einer Gesammtheit, noch einem Einzelnen angehören, mithin ein commercium an denselben nicht denkbar ist. Die res nullius in diesem engern Sinne können aber entweder so beschaffen seyn, daß sie zwar gegenwärtig keinen Eigenthümer haben, aber nach einer bestimmten Zeit einen solchen erhalten müssen, wie dieß bey jeder Erbschaft vorkommt, über deren Antritt der Erbe sich noch nicht erklärt hat (hereditas iacens): L. 1. pr. D. *de Diuis. rer.*, oder

so, daß es überhaupt ungewiß ist, ob sie einen Eigenthümer und welchen sie erhalten werden. Die res nullius der letztern Art sind doppelt:

1) *res nullius in specie sic dictae*: quae numquam dominum habuerunt. Hierher gehören die wilden Thiere, Vögel und Fische: §. 12. Inst. *de Rer. diuis.* und

2) *res derelictae*: quarum possessionem dominus animo, eas non amplius sibi habendi, deposuit absque tamen translatione ad alium facta. — Hierher sind z. B. Grundstücke zu zählen, deren Besitz vom bisherigen Eigenthümer freywillig verlassen und aufgegeben worden ist: L. 37. §. 1. D. *de Vsurp.* — Die res derelictae dürfen also weder mit den rebus alienatis, noch mit den rebus deperditis verwechselt werden, denn jene verlieren den Eigenthümer nicht, sondern verändern bloß denselben: §. 40. Inst. *de Rer. diuis.* und diese bleiben im Eigenthume des Verlierenden, weil derselbe nicht die Absicht hatte, sein Recht aufzugeben, weshalb auch Derjenige, welcher sich einer fremden, von ihrem Eigenthümer verlorenen Sache bemächtigt, ein furtum inuentionis begeht: L. 43. §. 4. D. *de Furt.*

Die res nullius, sie mögen nun in specie sic dictae, oder derelictae seyn, fallen jederzeit Demjenigen zu, welcher sie in der Absicht, ihr Eigenthümer zu werden, in Besitz nimmt, daher die Regel: res nullius cedit primo occupanti: §. 12. Inst. *de Rer. diuis.* u. L. 1. D. *Pro derel.*

§. 378.

Wirkungen der exemtio generalis.

Aber der Umstand, daß gewisse Gegenstände dem Verkehre durch exemtio *generalis* entzogen sind, bringt nicht immer eine und dieselbe Wirkung hervor, denn manche derselben sind von der Art, daß in Bezug auf sie ein Verkehr überhaupt gar nicht gedacht werden kann, und dahin gehören die res communes, res diuini iuris und res nullius im engern Sinne, manche aber so beschaffen, daß sie, an und für sich betrachtet, dem Verkehre allerdings unterworfen seyn würden, wenn nicht verbietende Gesetze sie demselben entzogen hätten, und dieß gilt von den rebus publicis in specie sic dictis, rebus vniuersitatum und rebus ecclesiasticis. Im letztern Falle ist der Verkehr in Hinsicht auf die betreffenden Gegenstände nicht gänzlich untersagt, sondern nur gewissen Beschrän-

kungen unterworfen, welche sich auf die Veräußerung beziehen. Eine solche ist nämlich nur dann gültig, wenn die sollemnitas alienationis beobachtet worden war, d. h., wenn die betreffende Staats- oder Kirchenbehörde eine genaue Untersuchung über die Nothwendigkeit der Veräußerung angestellt und ein schriftliches Decret zu diesem Behufe erlassen hatte: L. 14. u. 17. C. *de SS. eccles.* und Nov. 7. u. 120. — Auch sind solche Gegenstände der gewöhnlichen Verjährung nicht unterworfen: L. 9. D. *de Vsurp.* und Nov. 111.

§. 379.

b. Exemtio specialis.

Für besondere Beziehungen können aber gewisse Sachen dem Verkehre entzogen seyn:

1) lege ipsa. Dieß findet Statt, wenn das Gesetz selbst jedes Geschäft über eine bestimmte Sache, namentlich aber jede Veräußerung derselben zu Gunsten ihres Eigenthümers verboten hat, wohin vorzüglich der fundus dotalis: L. vn. §. 15. C. *de Rei vxor. act.* und die Mündelgüter gehören: L. 1. D. *de Reb. eor. qui sub tut.*,

2) vltima voluntate: wenn der Testator in seinem letzten Willen die Veräußerung einer von ihm hinterlassenen Sache untersagt hat: Nov. 119. c. 11. u.

3) pacto: wenn dasselbe Verbot der Veräußerung auf einem zwischen zwey bestimmten Personen eingegangenen Vertrage beruht. Hierher gehört z. B. das pactum de retrouendendo, kraft dessen der Käufer verbunden ist, die Sache nach einer bestimmten Zeit gegen denselben Kaufpreis wieder an den Verkäufer zuzurückzugeben, sie also auch nicht veräußern darf: L. 12. D. *de Praescr. verb.*

§. 380.

2. Res corporales et incorporales.

Res corporales: quae sensibus externis percipi possunt: §. 1. Inst. *de Reb. corp.*

Res incorporales: quae tantum intelliguntur: §. 2. Inst. *eod.* Diese sind nur Rechte, welche in Bezug auf körperliche Sachen ausgeübt werden, sie mögen nun dingliche oder persönliche seyn. Es ist daher unrichtig, wenn man die res incorporales mit den Worten:

Rechte und Forderungen erklärt, indem die angeführte §. 2. Inst. mit dem Worte obligatio nichts Anderes bezeichnen will und kann, als die persönlichen Rechte, welche aus jeder obligatio entspringen. Eben so wenig dürfen aber auch die Klagen hier besonders genannt werden, weil sie bloße Wirkungen derjenigen Rechte sind, welche durch sie verfolgt werden sollen.

Doch kommen die res incorporales auch in einem engern Sinne vor, in welchem sie nur solche Rechte sind, welche besessen werden können: L. 23. §. 2. D. *Ex quib. caus. maior.* u. L. 2. in fin. D. *Comm. praed.* In dieser Bedeutung werden unter rebus incorporalibus nur dingliche Rechte, also solche verstanden, welche Gegenstand einer quasipossessio und einer quasitraditio seyn können, wie z. B. Servituten.

Die res *corporales* werden aber wieder eingetheilt:

a. in immobiles und mobiles.

Res immobiles (unbewegliche Sachen, Grundstücke): quae salua substantia sua de loco in locum transferri non possunt, woraus sich der Begriff der res *mobiles* (der beweglichen Sachen) von selbst ergiebt.

Die res *immobiles* werden im R. R. fundi: L. 211. D. *de V. S.* oder praedia genannt: L. 115. D. *eod.* — Diese praedia sind aber entweder vrbana oder rustica, bey welcher Eintheilung es in juristischer Hinsicht nicht auf die Lage der Grundstücke, nämlich ob dieselben in einer Stadt oder außerhalb derselben befindlich sind, sondern lediglich auf ihre Bestimmung ankommt, so daß unter praediis *vrbanis* alle Gebäude, wenn sie auch auf dem Lande gelegen sind, unter praediis *rusticis* aber alle diejenigen Grundstücke zu verstehen sind, welche zur Erzeugung von Früchten dienen (Grund und Boden, Feld, Acker, Wald, Wiese, Flur): L. 198. D. *de V. S.* — §. 1. Inst. *de Seruit. praed.*

Res *mobiles* werden wieder in mobiles in specie und sese mouentes eingetheilt: L. 1. pr. D. *de Aedilit. ed.* jenachdem sie leblose oder lebendige Gegenstände sind. Unter den letztern waren bey den Römern sowohl die Sclaven, als die Thiere zu verstehen. Die animalia sind nach R. R. dreyfach, nämlich *α*) ferae bestiae, wilde Thiere, zu welchen auch die Bienen, Tauben und Pfauen gerechnet werden: §. 14. u. 15. Inst. *de Rer. diuis.*, *β*) animalia mansueta, zahme Thiere oder Hausthiere:

§. 16. *eod.* und γ. animalia mansuefacta, gezähmte Thiere: §. 15. *eod.*

b. in fungibiles und nec fungibiles.

Res fungibiles (vertretbare Sachen): in quibus non speciei, sed generis et quantitatis ratio habetur: L. 2. §. 1. D. *de Reb. cred.* Sie sind solche Gegenstände, quae functionem recipiunt, d. h. an deren Stelle, ohne daß Jemand einen Verlust dabey erleidet, andere treten können, weil bey ihnen nur die Gattung, nicht aber das Individuum entscheidet, daher es z. B. beym Darlehns-Contrakte, welcher nur über res fungibiles abgeschlossen werden kann, nicht darauf ankommt, ob der Schuldner seinem Gläubiger dieselben Geldstücke zurückzahlt, welche er von ihm empfangen hatte, oder andere, wenn es nur gangbares Geld ist und in derselben Quantität entrichtet wird. Dasselbe gilt von Wein, Oel, Getraide ꝛc. und überhaupt von allen solchen Sachen, quae pondere, numero aut mensura consistunt: L. 2. §. 1. *cit.*, et vsu consumuntur: §. 2. Inst. *de Vsufr.* Auch haben die res fungibiles das Eigenthümliche, welches sich aus dem Bishergesagten von selbst ergiebt, daß der Empfänger derselben durch die ihm geschehene Uebergabe voller und unbeschränkter Eigenthümer wird: pr. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*, wenn er auch zu einer bestimmten Zeit dieselbe Quantität in derselben Qualität zurückgeben muß, wie dieß bereits oben (§. 278.) hinsichtlich des Ehemannes bemerkt wurde, welchem Geld als Mitgift eingebracht worden war.

Wenn es aber bey gewissen Sachen auf das Individuum ankommt, dergestalt, daß Jemand gerade denselben Gegenstand zurückgeben muß, welchen er empfangen hatte, und keinen andern an dessen Stelle setzen darf, wie dieß z. B. beym Leihen eines Pferdes der Fall ist, so entsteht der Begriff der res *nec* fungibiles (der unvertretbaren Sachen).

§. 381.

3. Res vniuersales et singulares.

Res vniuersales s. *vniuersitates rerum*: res, quae tantum in complexu intelliguntur.

Res singulares: quae etiam tum intelliguntur, si cum aliis non coniunctae sunt.

Die vniuersitas rerum ist aber von doppelter Art:

a. *vniuersitas iuris*: complexus omnium iurium et obligationum ad aliquem cinem pertinentium. Sie ist der Inbegriff aller Rechte und Verpflichtungen, welche einen bestimmten Staatsbürger angehen. Die körperlichen Sachen, welche zu einer vniuersitas iuris gehören, also die bona im engern Sinne, dürfen in der Definition nicht mit erwähnt werden, weil eben die Rechte, die in der vniuersitas iuris liegen, in Bezug auf körperliche Sachen ausgeübt werden, wie das Eigenthum, das Pfandrecht, Forderungen aus Darlehns- oder andern Contrakten ꝛc. Aus dem gegebenen Begriffe geht nun von selbst hervor, daß derselbe zwey Hauptbestandtheile enthält:

α. die sämmtlichen Rechte, welche einem Staatsbürger zustehen (actiua), deren Inbegriff mit dem Worte patrimonium (Vermögen) bezeichnet wird: pr. Inst. *de Rer. diuis.* — Dieses Wort hat stets nur eine objective, niemals eine subjective Bedeutung, indem es nur den Inbegriff von Rechten, nicht aber die einzelnen Rechte selbst bezeichnet, welche in diesem Inbegriffe liegen. Das patrimonium (Vermögen) ist daher nicht mit dem dominium (Eigenthum) zu verwechseln, wie es täglich im gemeinen Leben geschieht, denn das letztere ist bloß ein subjectiver Begriff, nämlich das Recht, über die Substanz einer körperlichen Sache frey zu verfügen und liegt als Bestandtheil im patrimonium,

β. die sämmtlichen obligationes im engern Sinne, Verbindlichkeiten oder Verpflichtungen, welche ein Staatsbürger zu erfüllen hat (passiua). —

Die vniuersitas iuris eines homo alieni iuris wird peculium genannt.

Wenn nun die vniuersitas iuris eines bestimmten Staatsbürgers auf einen andern übergetragen wird, so daß dieser alle Rechte des erstern erwirbt, aber auch alle Pflichten desselben übernimmt, so findet eine successio per vniuersitatem s. successio vniuersalis Statt, von welcher jedoch stets diejenigen Rechte und Pflichten ausgenommen sind, welche, als rein persönliche, auf andere Personen niemals übergetragen werden können, wie z. B. die amtlichen, die ehelichen. — Nach älterem R. R. konnte eine successio vniuersalis eben sowohl inter viuos, z. B. durch arrogatio, als mortis caussa vorkommen. Aber seit Justinian kann eine vniversitas iuris nur nach dem Tode eines bestimmten Staatsbürgers auf einen andern übergehen und wird dann hereditas genannt: L. 178. §. 1. u. L. 208. D. *de V. S.*

b. *vniuersitas facti*: complexus plurium rerum corporalium voluntate hominum in vnum corpus congregatarum: L. 30. pr. D. *de Vsurp.* Hier heißt es: „genus corporum, quod ex *distantibus* constat, vt corpora plura non soluta, sed vni nomini subiecta, veluti..... grex. — Die vniuersitas facti besteht also aus mehreren körperlichen Sachen, deren jede auch einzeln und als für sich bestehend gedacht und behandelt werden kann, welche man aber, eines bestimmten Zweckes wegen, in ein Ganzes gebracht hat und im Sinne des Rechts nur als ein solches betrachtet. Beyspiele sind: eine Viehheerde, Bibliothek, Apotheke, Kunst- und Naturalien-Sammlung, Bildergallerie, ein Kaufladen, das Inventarium eines Landgutes 2c.

Was nun die Stellung betrifft, welche die vniuersitas facti im Rechte einnimmt, so kann dieselbe eine doppelte seyn, nämlich die vniuersitas facti ist

α. eine res *vniuersalis* s. vniuersitas rerum, insofern sie an und für sich betrachtet wird, weil sie nur durch die Verbindung mehrerer einzelner Gegenstände ihren Begriff und ihre Bedeutung erhält,

β. eine res *singularis*, wenn man sie als Bestandtheil einer vniuersitas iuris ansieht, also fragt, zu wessen Vermögen sie gehöre. In diesem Falle nimmt z. B. eine Schafheerde dieselbe Stelle ein, wie ein Haus, oder wie eine andere, einzelne Sache, welche ein Gegenstand des Vermögens seyn kann. Dieß ist in Hinsicht auf den Erwerb der vniuersitas facti von Wichtigkeit und ganz besonders, wenn derselbe auf Verjährung beruht. Diese ist bekanntlich ein modus adquirendi *singularis*, d. h. es kann niemals eine vniuersitas *iuris*, sondern jederzeit nur eine einzelne Sache durch Verjährung erworben werden: §. vlt. Inst. *Per quas pers. cuiq. adquir.* Wenn nun nach Inhalt der angeführten L. 30. pr. in fin. D. *de Vsurp.* die vniuersitates facti unbedingt der Verjährung unterworfen sind, so geht hieraus von selbst hervor, daß dieselben im Verkehre als res *singulares* anzusehen sind, weshalb denn auch der Käufer oder Schenknehmer einer solchen unter allen Umständen nur als successor *singularis* betrachtet werden kann.

§. 382.

Species. Genus. Quantitas.

Mit der erklärten Eintheilung in res vniuersales und singulares hängen drey wichtige Rechtsbegriffe zusammen:

1) *Species*: res singularis quoad indiuiduum determinata, z. B. mein Wohnhaus, mein Siegelring, den ich täglich trage ꝛc. Diese wird in den Quellen auch häufig corpus genannt: L. 7. pr. D. *de Except. rei iud.* und ist von allen Seiten so genau bestimmt, daß sie mit keiner andern verwechselt werden und keine andere an ihre Stelle treten kann: L. 54. pr. D. *de Verb. oblig.* Hier kommt es lediglich auf die bestimmte Sache an, mit deren Untergang auch die daran zustehenden Rechte wegfallen. Wenn z. B. eine species Jemandem vermacht worden ist, so verliert der Vermächtnißnehmer sein ganzes Recht, wenn die species zufällig untergegangen ist: §. 16. Inst. *de Legat.* u. L. 47. §. 4. D. *de Legat. I.*

2) *Genus*: res singularis quoad indiuiduum non determinata. Dieser Begriff ist nur den Juristen bekannt und wohl zu unterscheiden von dem genus der Philosophen. Diese nämlich definiren das *genus*: complexus omnium rerum, quae in vno eodemque criterio conueniunt. Aber der Inbegriff aller Dinge, welche in einem und demselben Unterscheidungszeichen übereinkommen, kann für rechtliche Verhältnisse nicht in Frage stehen, sondern es kann hier nur von einem oder mehreren der ganzen Gattung angehörigen Gegenstände die Rede seyn, wie wenn der Testator sagt: ich vermache dem Titius aus meiner Erbschaft ein Haus, ein Pferd, einen Postzug ꝛc. Vgl. L. 54. pr. u. L. 75. §. 1. D. *de Verb. oblig.* — Doch muß das genus, wenn es juristische Bedeutung haben soll, ein genus *infimum* s. *proximum* seyn, so daß z. B. Jemand einem Andern ein Pferd verspricht, nicht aber genus *summum* s. *remotum*, z. B. ein Thier, welches Versprechen keine rechtliche Wirkung haben kann. Vgl. L. 71. pr. D. *de Legat. I.*

3) *Quantitas*: genus philosophicum, quod numero, pondere aut mensura determinatum est. Manche Sachen sind so beschaffen, daß sie nicht anders Gegenstände rechtlicher Geschäfte werden können, als wenn sie durch Zahl, Maaß oder Gewicht näher bestimmt sind und dieß gilt für die res fungibiles (§. 380.). So

bilden die bloßen Worte: Geld, Holz, Zucker noch keine juristischen Begriffe, sondern werden solche erst dadurch, daß man weiß, wieviel davon gemeynt ist: L. 74. D. *de Verb. oblig.* Hieraus erklärt sich zugleich, warum alle Klagen, welche auf res fungibiles gerichtet sind, mit dem allgemeinen Namen der condictiones *certi* bezeichnet werden: L. 9. pr. D. *de Reb. cred.*

§. 383.

4. Res diuiduae et indiuiduae.

Res diuiduae (theilbare Sachen): quae natura sua diuisionem in partes vel physicas vel intellectuales admittunt.

Die Trennung einer Sache in physische Theile ist nur dann zulässig, wenn diese Theile auch nach der Trennung ihren Inhabern einen Nutzen gewähren. Hierher gehören a) Quantitäten von rebus fungibilibus: L. 29. in fin. D. *de Solut.* und b) Grundstücke: L. 8. D. *de Rei. vind.* Denn auch Gebäude können durch eine Zwischenmauer physisch getheilt werden: L. 6. §. 1. D. *Comm. praed.* Von solchen physischen Theilen sagt man: sie werden pro diuiso besessen: L. 8. *cit.* und die Theile selbst werden partes *certae* oder *quantae* genannt: L. 25. D. *Quib. mod. vsusfr. amitt.*

Die Trennung einer Sache in intellectuelle Theile findet aber dann Statt, wenn dieselben nicht sichtbar sind, die Sache selbst aber mehreren Personen zusteht, was in Hinsicht auf a) Grundstücke b) res mobiles und c) res incorporales vorkommen kann: L. 8. *cit.* Ein Beyspiel von unkörperlichen Sachen giebt die angeführte Gesetzstelle, nämlich die hereditas, welche unter mehreren Miterben so getheilt seyn kann, daß jedem derselben ein Drittheil, ein Viertheil ꝛc. daran zusteht. — Von solchen intellectuellen Theilen sagt man: sie werden pro indiuiso besessen: L. 25. §. 1. D. *de V. S.* und die Theile selbst werden partes *incertae* oder *quotae* genannt.

Res indiuiduae (untheilbare Sachen): quae neque in physicas, neque in intellectuales partes diuidi possunt. Hierher gehören: a) Servituten: L. 17. D. *de Seruit.*, jedoch mit Ausnahme des vsusfructus, welcher allerdings in intellectuelle Theile zerfallen kann: L. 1. §. 9. *Ad leg. Falcid.*, b) das Pfandrecht: L. 8. §. 2. D. *de Pign. act.* c) Forderungen, welche sich auf untheilbare Gegenstände beziehen, wie wenn Jemand mehreren

Personen die Fahr- oder Wegegerechtigkeit versprochen hat: L. 2. §. 1. D. *de Verb. oblig.* und d) Forderungen, welche auf Leistung oder Unterlassung einer Handlung von Seiten mehrerer Personen gerichtet sind: L. 2. *cit.* §. 5.

§. 384.

5. Res principales et accessoriae.

Res principales: quae per se subsistunt, nec sua natura cum aliis rebus cohaerent.

Res accessoriae s. *accessiones*: quae alii rei extrinsecus iunctae sunt: L. 19. §. 13. in fin. D. *de Auro argent. leg.*

Diese Eintheilung ist aber nicht nur auf res *corporales* zu beziehen, in Hinsicht auf welche sie freylich am Häufigsten vorkommt, sondern auch auf res *incorporales*, was sich z. B. bey Bürgschaften herausstellt. Hier wird stets eine obligatio principalis, (wie ein Darlehns- oder Kaufcontrakt) vorausgesetzt, durch welche der Schuldner selbst die Hauptverbindlichkeit übernimmt. Aber zur Sicherheit des Gläubigers tritt noch ein Bürge zu dem Geschäfte, welcher die Erfüllung desselben auf den Fall verspricht, daß der Schuldner sie nicht leisten könne, mithin eine Nebenverbindlichkeit übernimmt, welche mit der Hauptverbindlichkeit besteht und aufhört: L. 91. §. 4. D. *de Verb. oblig.*

Was nun aber die res *corporales* betrifft, so sind die Accessionen derselben überhaupt von doppelter Art:

1) *pertinentiae* (Zubehörungen, Pertinenzstücke): res, quae alicui *fundo* ita sunt iunctae, vt cum ipso ad quemlibet possessorem transeant: L. 17. §. 2. und L. 52. §. 3. D. *de Act. emt. et vend.* Diese sind entweder res *incorporales*, nämlich die Befugnisse und Gerechtsame, welche einem Grundstücke zustehen, wie z. B. die Servituten: L. 47—49. D. *de Contrah. emt.*, oder res *corporales*, welche eben sowohl res *immobiles*, als *mobiles* seyn können. Unbewegliche Pertinenzen oder Nebengrundstücke sind solche, welche entweder mit dem Hauptgrundstücke durch Vermauerung oder Einschließung verbunden sind, z. B. Nebengebäude, Hintergebäude, Gärten: L. 91. §. 5. D. *de Legat. III.*, oder zur Verwaltung oder Bewirthschaftung des Hauptgrundstückes nothwendig sind, wohin also Vorwerke, Ställe, Felder, Wälder, Teiche rc. gehören: L. 20. §. 7. und L. 27. §. 5. D. *de Instruct. vel instrum. leg.*

Solche Pertinenzen pflegen auch unter einem gemeinschaftlichen Namen mit dem Hauptgute begriffen und auf dieselbe Weise, wie dieses, verwaltet zu werden. — Hingegen als bewegliche Pertinenzen sind zu betrachten: a. fixa vincta: Alles, was erd-, wand-, band-, nied- und nagelfest ist: L. 21. D. *eod.* b. ruta caesa: alle Gegenstände, welche bisher integrirende Bestandtheile des Grundstückes gewesen, aber von diesem getrennt worden sind und sich noch auf demselben befinden: L. 17. §. 6. D. *de Act. emt. et vend.* Hierher rechnet man ausgegrabene Kohlen, Sand, gefällte Bäume rc. und c. diejenigen Sachen, welche zur Bewirthschaftung des Gutes gehören, wie der Dünger, Baum- und Weinpfähle: L. 17. §. 2. u. 11. D. *eod.* und solche Geräthe, Werkzeuge, oder Vorrichtungen, ohne welche die einem Grundstücke zustehenden Servituten nicht ausgeübt werden können, z. B. Fässer, Ständer und Wasserröhren: L. 47—49. D. *de Contrah. emt.* — Von den Pertinenzen sind aber wohl zu unterscheiden: die instrumenta fundi, nämlich alle bewegliche Sachen, welche zur Benutzung und Bewirthschaftung eines Landgutes gehören und deren Inbegriff heut zu Tage mit dem Worte: Inventarium bezeichnet wird. Dieses besteht aus dem Viehstande, den Wagen, Ackergeräthen rc. und ist keinesweges als Pertinenz zu betrachten, geht also auch nicht ipso iure auf den neuen Erwerber über: L. 2. §. 1. und L. 12. §. 15—28. D. *de Instruct. vel instrum. leg.*

2) *res accessoriae in specie sic dictae*: quae non *fundo*, sed rei *mobili* extrinsecus iunctae sunt. Hierher gehören eingefaßte Edelsteine: L. 19. §. 3. D. *de Auro argent. leg.*, angelöthete oder angeschweißte Metalle, eingewebte Stoffe rc. Vgl. §. 25. und 26. Inst. *de Rer. diuis.*

§. 385.

Fructus.

Mit den rebus accessoriis in dem eigentlichen, bisher erklärten Sinne sind aber nicht die fructus (Früchte) zu verwechseln, weil diese nicht extrinsecus mit einer Sache verbunden, sondern intrinsecus durch die Kräfte einer Sache erzeugt und auf diese Weise ein Theil derselben werden, nach ihrer Absonderung aber als selbstständige Sachen anzusehen sind. Die Früchte kommen also niemals von außen zu einer Sache hinzu und darum ist der Schatz, welcher in einem Grundstücke gefunden wird, keinesweges zu den

Früchten zu rechnen: §. 39. Inst. *de Rer. diuis.* und L. 31. §. 1. D. *de Adquir. rer. dom.* Auch müssen die Früchte aus einer Sache im natürlichen Sinne, nicht aber aus einem Menschen erzeugt werden, weshalb denn nach R. R. die Sclavenkinder nicht als Früchte betrachtet wurden: L. 68. pr. D. *de Vsufr.* — Der ursprüngliche Begriff der fructus setzt nach dem Bisshergesagten eine res frugifera, d. h. eine solche Sache voraus, die ihrer Natur nach fähig und dazu bestimmt ist, Früchte zu erzeugen, wie ein Baum, ein Acker 2c. Vgl. L. 77. D. *de V. S.* und dieser Begriff wird auch im R. R. besonders hervorgehoben: L. 121. D. *eod.*, allein man dehnte den Sinn dieses Wortes bald auch auf jeden Nutzen aus, den man einer Sache verdankt und der seinen Ursprung in einer solchen hat, ohne Frage, ob die Sache diesen Nutzen selbst erzeuge, oder ob derselbe nur bey Gelegenheit und durch Vermittelung der erstern entstehe, weshalb man denn auch den Vortheil, den eine Servitut: L. 4. §. 2. D. *Si seruit. vind.* oder ein Pfandrecht gewährt: L. 49. D. *de Vsur.* so wie die Zinsen, die für ein ausgeliehenes Capital bezogen werden: L. 34. D. *eod.* zu den Früchten zählt. Hiernach sind

Fructus: prouentus, qui ex aliqua re percipi possunt. Diese werden eingetheilt:

1) in naturales, industriales und ciuiles.

Naturales: qui soli naturae beneficio debentur, z. B. die Waldfrüchte, das Gras auf den Wiesen: L. 31. D. *de V. S.*

Industriales: qui auxilio naturae per diligentiam hominum procreantur. Hierher gehören alle diejenigen Früchte, welche durch Bestellung und Bebauung der Felder, Aecker, Gärten und Weinberge gewonnen werden: L. 48. pr. D. *de Adquir. rer. dom.*

Ciuiles: qui commercio debentur. Diese sind entweder solche fructus, welche an die Stelle der fructus naturales oder industriales treten und statt dieser percipirt werden, also Surrogate derselben sind, wie das Pacht- oder Miethgeld: L. 62. pr. D. *de Rei vind.* oder solche, welche für sich bestehen und aus einem Rechtsgeschäfte gewonnen werden, wie die Zinsen eines ausgeliehenen Capitales: L. 34. D. *de Vsur.*

2) in pendentes, perceptos und percipiendos.

Pendentes: qui adhuc cum re frugifera cohaerent, also das Getraide, welches noch auf dem Halme steht, oder die Früchte, die noch am Baume hängen: L. 27. pr. D. *de Vsufr.* — Diese

werden zuweilen auch fructus *stantes* genannt: L. 26. §. 1. D. *de Furt.*

Percepti: qui a re frugifera sunt separati: L. 78. D. *de Rei vind.* Doch pflegen die fructus percepti auch in einem engern Sinne vorzukommen, in welchem sie den separatis entgegengesetzt werden. Dann sind fructus percepti diejenigen, welche nicht nur von der res frugifera getrennt, sondern auch bereits in die Gewahrsam des Percipienten gebracht sind: L. 78. *cit.* und L. 12. §. 5. D. *de Vsufr.* — Aber die fructus percepti im weitern Sinne sind wieder doppelt: a. *exstantes*: qui apud percipientem adhuc in natura adsunt und b. *consumti*: qui a percipiente non amplius possidentur: L. 22. §. 2. D. *de Pignorat. act.*

Percipiendi: qui a diligentiori possessore percipi potuissent: L. 62. §. 1. D. *de Rei vind.* Dieser Begriff ist insofern ein Rechtsbegriff, als nach Inhalt des angeführten Gesetzes der malae fidei possessor nicht nur diejenigen Nutzungen herausgeben muß, welche er aus der fremden Sache wirklich bezogen hat, sondern auch die ersetzen muß, welche er aus Nachlässigkeit unbeachtet gelassen hat.

Endlich dürfte die Bemerkung nicht überflüssig seyn, daß die Eintheilung in fructus pendentes, perceptos und percipiendos analogisch auch auf die fructus ciuiles angewendet wird.

Zweyter Abschnitt.

Vom Besitze.

§. 386.

I. Begriff und Natur des Besitzes.

Das Wort possessio kommt sowohl in einem natürlichen Sinne (possessio naturalis), als in einem juristischen vor (possessio ciuilis).

Possessio naturalis: detentio alicuius rei. — *Detentio*: conditio, qua quis vim suam in aliquam rem exercere potest. Der Besitz im natürlichen Sinne ist die Lage, oder der Zustand einer Person, kraft dessen sie auf eine bestimmte Sache factischen Einfluß äußern kann und zwar nach eigener Willkühr, mit Ausschluß aller übriger Personen. Dieser Begriff hat im Sinne des Rechts

gar keine Bedeutung, d. h. es können aus der possessio naturalis keine Rechte abgeleitet werden: L. 1. pr. u. §. 3. D. *de Adquir. vel amitt. poss.*

Possessio ciuilis: detentio alicuius rei *cum animo eam sibi habendi* coniuncta: L. 3. §. 1. D. *eod.* — Unter dem animus rem sibi habendi ist hier die Absicht zu verstehen, eine Sache eigenthümlich zu behalten, also alle übrige Staatsbürger von der Disposition über dieselbe auszuschließen. Hiernach wird die possessio naturalis in dem Augenblicke in eine ciuilis umgewandelt, in welchem der detentor einer Sache die Absicht hegt, dieselbe für sich zu behalten. Ciuilis (Besitz im Sinne des Rechts) wird aber diese possessio deshalb genannt, weil sie, ganz allein und bloß als possessio betrachtet, gewisse Rechte ertheilt, deren Inbegriff ius possessionis heißt und hier stellt sich nun das höchst merkwürdige und charakteristische Verhältniß dar, daß Jemand durch seine bloße Absicht, durch seinen einseitigen Willen gewisse Rechte in Bezug auf eine Sache, welche er naturaliter besitzt, erwerben kann, obwohl ihm diese Rechte nicht auf die Sache selbst zustehen. Denn der possessor ciuilis kann, als solcher, entweder nur seinen Besitz durch Interdicte schützen und dieses Recht steht ihm in jedem Falle zu, oder auch, unter gewissen Umständen, seinen Besitz durch Verjährung in Eigenthum verwandeln. Hieraus geht aber zugleich hervor, daß auch ein *malae fidei* possessor (ein Dieb oder Räuber) possessor ciuilis seyn kann, dafern er nur die Absicht hegt, die Sache eigenthümlich zu behalten, in welchem Falle er jedoch nie das volle ius possessionis, sondern nur das Recht erwirbt, seinen Besitz durch Interdicte zu schützen: L. 2. D. *Vti possidetis.*

Endlich ist noch zu bemerken, daß der animus rem sibi habendi, welchen die possessio ciuilis erheischt, nicht etwa in der Absicht einer bloß temporairen Detention bestehen darf, also nicht etwa bloß in dem Willen, die fragliche Sache im Namen eines Andern (alieno nomine) zu besitzen, d. h., das Eigenthum eines Andern in dessen Namen auszuüben, wie dieß beym vsufructuarius, depositarius, conductor, commodatarius ꝛc. der Fall ist: L. 30. §. 6. D. *de Adquir. vel. am. poss.* Solchen Personen kann kein animus rem sibi habendi zugeschrieben werden: L. 18. pr. D. *eod.* — Auch darf mit diesem animus die bona fides nicht verwechselt werden, nämlich die opinio dominii: die Meynung oder der Glaube eines Besitzers, daß er der wahre

Eigenthümer der fraglichen Sache sey, denn obwohl die bona fides mit der possessio ciuilis verknüpft seyn kann, so ist dieß doch nicht nothwendig, weil auch einem *malae fidei* possessor die possessio ciuilis zusteht, mithin der animus rem sibi habendi beywohnt.

§. 387.

II. Unterschied zwischen Besitz und Eigenthum.

Ganz besonders ist aber vor einer Verwechselung der Begriffe von Besitz und Eigenthum zu warnen, welche im gemeinen Leben so ganz gewöhnlich ist. So sagt die L. 52. pr. D. *de Adquir. vel amitt. poss.* „quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent". Der Unterschied zwischen diesen beyden Begriffen erklärt sich am Deutlichsten durch den Unterschied zwischen ius possessionis und ius possidendi. Jenes gehört ausschließlich für den Besitz, dieses kann bloß dem Eigenthume zugeschrieben werden. Der Besitz ist nämlich jederzeit nur facti, niemals iuris, d. h. der Besitz selbst ist kein Recht, sondern es können nur kraft desselben gewisse Rechte ausgeübt werden: L. 12. §. 1. D. *eod.*, deren Inbegriff ius possessionis heißt. Demungeachtet besteht aber der Besitz in nichts Anderem, als in der Ausübung eines der wichtigsten Rechte, welche dem Eigenthümer zustehen, nämlich in der Ausübung des ius possidendi. Darum wird jeder Besitzer so lange für den Eigenthümer gehalten, bis das Gegentheil bewiesen ist. Das ius possidendi hingegen ist ein ursprüngliches und ausschließliches Recht des Eigenthümers und dem Zweifel, ob nicht dasselbe auch andern Personen, außer dem Eigenthümer, zustünde, namentlich dem vsufructuarius, dem conductor, commodatarius rc., läßt sich dadurch begegnen, daß die genannten Personen ihr ius possidendi nur dem Eigenthümer verdanken, oder doch von ihm ableiten, weil der letztere es ausüben würde, wenn es sich nicht in andern Händen befände. Aus dem Bishergesagten ergeben sich nun folgende Resultate:

1) das ius possessionis geht aus dem Besitze, das ius possidendi aus dem Eigenthume hervor,

2) der Besitz ist facti, das Eigenthum iuris,

3) um den Besitz zu erwerben, bedarf es nur der Apprehension, welche mit dem animus rem sibi habendi verbunden ist, aber zur Erwerbung des Eigenthums wird eine von den Ge-

setzen selbst vorgeschriebene Handlung erfordert, welche modus adquirendi dominii genannt wird: L. 1. pr. D. *de Adquir. rer. dom.* und

4) das ius possessionis kann, mittelst der Verjährung, den Weg zum ius possidendi oder zum Eigenthume bahnen. (§. 386.)

§. 388.

III. Eintheilungen der possessio ciuilis:

1. possessio ciuilis in specie und possessio simplex.

Diese Eintheilung bezieht sich auf die juristischen Wirkungen, welche der Besitz hervorbringen kann.

Possessio ciuilis in specie sic dicta: possessio, quae prodest ad vsucapionem: L. 2. §. 1. D. *Pro herede.*

Possessio simplex: possessio, quae tantum ad interdicta prodest: L. 2. D. *Vti possidetis.*

Die possessio ciuilis in specie setzt stets voraus, daß Der, welcher ciuiliter besitzt, in conditione vsucapiendi sey, d. h. daß die Sache, welche er besitzt, der Verjährung unterworfen, also in commercio sey und daß der Besitzer selbst die Sache iusto titulo und bona fide erworben habe, worüber das Nähere in die Lehre von der Verjährung gehört.

Die possessio simplex aber hat keines dieser Erfordernisse und wird deshalb, wie bereits oben (§. 386.) gesagt worden ist, sogar dem *malae fidei* possessor zugeschrieben.

Hieraus geht hervor, daß der possessor ciuilis in specie jederzeit auch Interdicte anstellen kann, daß aber umgekehrt der possessor simplex keinesweges zur Verjährung geeignet ist: L. 26. pr. D. *de Donat. int. vir. et vx.* in Verbindung mit L. 1. §. 9. u. 10. D. *de Vi.* — In diesem letztern Gesetze, so wie in vielen andern Stellen wird die possessio ciuilis in specie ausschließlich und schlechthin possessio *ciuilis* genannt, jeder andere Besitz aber mit den Worten: possessio *naturalis* bezeichnet, so daß nun in der Wissenschaft das Wort: possessio naturalis in einem doppelten Sinne vorkommt, indem es zuweilen die bloße Detention (also den Besitz im natürlichen Sinne: §. 386.), zuweilen aber die possessio ciuilis *simplex* andeutet. Vgl. auch: L. 3. §. 15. D. *Ad exhib.* u. L. 16. D. *de Vsurp.*

Die possessio ciuilis in specie ist von den Gesetzen in hohem Grade begünstigt, indem ein solcher possessor, wenn er den Besitz verloren hat, gegen jeden dritten Besitzer, welcher keinen iustus titulus für den Erwerb der Sache anzuführen vermag, eine dingliche Klage, nämlich die actio Publiciana in rem gebrauchen und die Herausgabe der Sache verlangen kann. Dieß hat manche Juristen zu der irrigen Ansicht verleitet, als ob die possessio ciuilis in specie eines von den dinglichen Rechten (eine species iuris in re) wäre. Aber die erwähnte Klage entspringt nicht aus der possessio als solcher, sondern aus einem vom Prätor fingirten Eigenthum (dominium fictum s. praetorium), welches dadurch entsteht, daß man annimmt, die Verjährung, welche der Kläger, als er den Besitz verlor, erst begonnen hatte, sey bereits vollendet gewesen, der Besitzer also durch die Verjährung schon in einen Eigenthümer verwandelt worden: §. 4. Inst. *de Actionib.* (§. 115.).

§. 389.

2. Possessio vera et quasipossessio.

Diese Eintheilung richtet sich nach den Gegenständen, welche dem Besitze unterworfen seyn können und welche entweder res corporales oder incorporales sind. Daher ist die *possessio vera*: possessio rerum corporalium: L. 3. pr. D. *de Adquir. vel am. poss.*, die *quasipossessio* aber: possessio rerum incorporalium. Hier ist aber wohl zu merken, daß nur dingliche Rechte Gegenstände der quasipossessio seyn können, so wie daß der Besitz derselben nur in ihrer Ausübung besteht, ohne Unterschied, ob Demjenigen, von welchem die Ausübung geschieht, die Rechte selbst auch wirklich zustehen, oder nicht. Wenn also z. B. Jemand sein Vieh auf ein fremdes Feld zur Hutung treibt, so befindet er sich in quasipossessione seruitutis pascendi. Hier ist es zum Begriffe der quasipossessio nicht erforderlich, daß Der, welcher die Servitut ausübt (also im Besitze derselben ist), sie auch wirklich erworben habe: L. 3. §. 17. D. *de Vi.* — L. 23. §. 2. D. *Ex quib. caus. maior.* — Doch kann die quasipossessio (die bloße Ausübung eines dinglichen Rechtes) mittelst der Verjährung auch zum Rechte selbst verhelfen: L. 10. D. *Si seruit. vind.*

§. 390.

3. Possessio vera et ficta.

Possessio vera (in diesem Zusammenhange): possessio, quae cum ipsa rei detentione coniuncta est.

Possessio ficta: quam leges ponunt in poenam eorum, qui non possident: L. 25. §. 2. u. 8. D. *de Hered. pet.* Dieser Begriff beruht auf der Fiction, daß gewisse Personen, welche sich nicht im Besitze einer bestimmten Sache befinden, dieselbe dennoch besitzen. Hierher gehören:

1) qui dolo malo possidere desierunt, d. h. alle Die, welche sich des Besitzes einer Sache entäußert haben, um nicht wegen derselben in einen Proceß verwickelt zu werden und dem Eigenthümer die Wiedererlangung der Sache unmöglich zu machen oder doch zu erschweren: L. 27. §. 3. D. *de Rei vind.* Vgl. auch §. 176.

2) qui liti se obtulerunt, d. h. Diejenigen, welche, obwohl sie sich nicht im Besitze befanden, sich dennoch, arglistiger Weise, für die Besitzer ausgegeben und muthwilliger Weise auf einen Proceß eingelassen haben, um den Eigenthümer über die Person des wirklichen Besitzers irre zu führen: L. 27. *cit.* pr.

Beyderley Personen werden von dem Gesetze für ihre Arglist dadurch bestraft, daß sie mit denselben Klagen belangt werden können, welche man gegen den wahren Besitzer anstellt, nämlich mit der rei vindicatio und mit der hereditatis petitio, obwohl das Ergebniß dieser Klagen in einem solchen Falle ein anderes seyn muß, als wenn dieselben gegen den wahren Besitzer erhoben würden. Die ficti possessores werden nämlich, da sie außer Stande sind, die Sache selbst herauszugeben, in litis aestimationem condemnirt, so daß sie nicht nur den Werth der Sache selbst, sondern auch den gesammten Schaden, den der Kläger durch ihre Arglist erlitten hat, ersetzen müssen: L. 68. D. *de Rei vind.* und L. 3. §. 4. D. *de Alienat. iud. mut.*

§. 391.

4. Possessio iusta et vitiosa.

Possessio iusta: a qua vitia possessionis absunt.

Possessio vitiosa s. *iniusta*: quae vi, clam aut precario exercetur: L. 1. pr. u. §. 5. u. 9. u. L. 2. D. *Vti possidetis.*

Die possessio, sie sey nun vera oder quasipossessio, wird vi ausgeübt, wenn dieß wider Willen des vorhergehenden Besitzers geschieht. Hier ist jedoch keine äußere Gewalthandlung nothwendig, sondern es reicht schon hin, wenn der frühere possessor der Besitzergreifung widersprochen und der Nachfolger dieselbe dennoch vorgenommen hat: L. 1. pr. u. §. 1—4. D. *de Vi.* u. L. 1. §. 5. u. 7. D. *Quod vi aut clam.*

Die possessio wird clam ausgeübt, wenn die Ausübung ohne Wissen des Vorgängers und zwar unter Umständen geschieht, unter welchen jener von der Ausübung nichts erfahren konnte: L. 3. §. 7. u. 8. u. L. 4. D. *eod.*

Die possessio wird precario ausgeübt, wenn Der, welchem eine Sache zu beliebiger Benutzung auf Widerruf verliehen worden war, sie, trotz dem erfolgten Widerrufe, zu besitzen fortfährt: L. 2. D. *de Precario.*

Mit der erklärten Eintheilung darf die in bonae und malae fidei possessionem nicht verwechselt werden, denn es ist zwar jede possessio vitiosa zugleich malae fidei, aber nicht jede malae fidei possessio ist auch zugleich vitiosa, vielmehr kann dieselbe auch iusta seyn, d. h. es kann Jemand wissen, daß er nicht der rechtmäßige Besitzer sey und dennoch den Besitz weder vi, noch clam, noch precario ausüben, wie dieß z. B. bey der constitutiven Verjährung der Servituten vorkommt. So kann Jemand recht wohl wissen, daß er nicht berechtigt sey, über ein fremdes Grundstück zu fahren, er hat dieß aber dennoch während der ganzen, gesetzlichen Verjährungszeit gethan, ohne daß der Eigenthümer des Grundstückes widersprochen oder der Verjährende selbst ihm die Ausübung der seruitus viae verheimlicht hätte. Hier findet zwar eine malae fidei possessio, aber keine vitiosa Statt, weshalb denn in diesem Falle die Fahrgerechtigkeit als wirklich erworben zu betrachten ist.

§. 392.

5. Possessio solitaria et compossessio.

Possessio solitaria: quam vna tantum persona circa aliquam rem exercet.

Compossessio (Mitbesitz): quam plures personae circa aliquam rem vel pro partibus intellectualibus vel pro vario effectu exercent.

Da der Besitz, seiner Natur nach, jederzeit ausschließlich ist (§. 386.), so kann von Seiten mehrerer Personen eine possessio in solidum niemals gedacht werden, d. h. mehrere Personen können sich nicht dergestalt in dem gemeinschaftlichen Besitze einer und derselben Sache befinden, daß jede von ihnen die ganze Sache besitzt: L. 3. §. 5. D. *de Adquir. vel am. poss.* Hier heißt es: „plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, vt, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris". Daher ist die compossessio, nach Maaßgabe obiger Definition, auf zwey Verhältnisse zu beschränken:

1) daß jedem der compossessores ein bestimmter, intellectueller Antheil des Besitzes zusteht. So kann z. B. ein unmündiger Sohn, gegen dessen eheliche Geburt Zweifel erhoben worden sind, bis zu seiner Mündigkeit in den Mitbesitz der Erbschaft eingesetzt werden. Diese compossessio erstreckt sich aber natürlich nur auf denjenigen Theil der Erbschaft, welcher dem Unmündigen zufällt, wenn er seine eheliche Geburt bewiesen hat: L. 5. pr. D. *de Carbon. ed.* — Unbestimmte, intellectuelle Theile sind beym Mitbesitzer nicht denkbar: L. 3. §. 2. D. *de Adquir. vel am. poss.* und L. 32. §. 2. D. *de Vsurp.*

2) daß jeder der compossessores den Besitz mit einer verschiedenen, rechtlichen Wirkung ausübt. Dieses Verhältniß stellt sich im Pfandrechte heraus und zwar dann, wenn der Pfandgläubiger ein Faustpfand, d. h. eine körperliche Sache besitzt, welche ihm zur Sicherheit seiner Forderung wirklich übergeben worden ist, im Gegensatze der Hypothek, welche an einer nicht übergebenen Sache ausgeübt wird. Wenn nun der Schuldner eine fremde Sache, für deren Eigenthümer er sich aber hielt, seinem Gläubiger als Faustpfand übergeben hat, so kann er die begonnene Verjährung dieser Sache, trotz der erfolgten Verpfändung derselben, fortsetzen, wird also noch immer als Besitzer der Sache angesehen, aber von der andern Seite ist auch unläugbar der Pfandgläubiger als Besitzer zu betrachten, da er sich in der wirklichen Detention der verpfändeten Sache befindet. Beyde Personen sind daher compossessores, aber die rechtliche Wirkung ihres Besitzes ist verschieden, denn der Schuldner besitzt ad vsucapionem, der Gläubiger nur ad interdicta: L. 16. D. *de Vsurp.*

IV. Von der Erwerbung des Besitzes.

§. 393.

1. Objecte und Subjecte desselben.

Da der Besitz eigentlich nichts weiter, als die Ausübung des Eigenthums in factischer Hinsicht ist (§. 387.), so können ursprünglich auch nur diejenigen Sachen Gegenstände des Besitzes seyn, an welchen ein Eigenthum denkbar ist, also: körperliche Sachen. Erst später wendete man die Theorie des Besitzes auf unkörperliche Gegenstände, nämlich auf dingliche Rechte an und bildete hieraus die Lehre von der quasipossessio (§. 389.) und nun wurde die Regel dahin modificirt, daß nur da ein Besitz Statt finden könne, wo das Recht selbst (also nicht bloß das Eigenthum) denkbar sey. Daher können als Objecte des Besitzes keinesweges betrachtet werden:

1) res commercio exemtae: L. 30. §. 1. u. 3. D. *de Adquir. vel am. poss.* und

2) freye Menschen, welche man gefangen hält, obwohl man weiß, daß sie freye Menschen sind: L. 23. §. 2. D. *eod.*

Dieselbe Regel, welche über die Objecte des Besitzes gilt, muß nun auch auf die Subjecte desselben angewendet werden, so daß also Niemand zum Besitze fähig ist, welcher das Recht selbst nicht erwerben kann. Hiernach sind vom Besitze ausgeschlossen:

1) Sclaven, weil sie überhaupt nicht rechtsfähig sind: L. 1. §. 6. in fin. D. *eod.* und L. 118. D. *de R. I.* Vgl. auch L. 24. L. 30. §. 3. und L. 49. §. 1. D. *de Adquir. vel am. poss.*

2) Filiifamilias, weil sie Alles, was sie erwerben, ihrem Vater erwerben, mithin für ihre Personen nicht selbst besitzen können: L. 93. D. *eod.* und L. 4. §. 1. D. *de Vsurp.*

§. 394.

2. Von der Erwerbung selbst.

a. der possessio vera:

α. adprehensio rei.

Die Erwerbung der possessio *vera* (im Gegensatze der quasipossessio) muß zwey Erfordernissen entsprechen, welche beyde

so unerläßlich sind, daß, wenn das eine, oder andere fehlt, von Besitzerwerbung gar nicht die Rede seyn kann. Sie sind nämlich: die adprehensio rei (welche auch corpus genannt wird) und der animus rem sibi habendi: L. 153. D. *de R. I.* Was nun das erste Erforderniß, die adprehensio rei betrifft, so ist darunter die Besitzergreifung zu verstehen, welche nicht mit der detentio verwechselt werden darf. Denn diese letztere ist nur eine Folge der ersteren.

Adprehensio rei: factum, quo quis in eam conditionem incurrit, vt vim suam in aliquam rem exercere possit, oder kürzer gesagt: quo quis in detentionem rei incurrit. Sie ist jede körperliche Handlung, durch welche sich Jemand die physische Möglichkeit verschafft, factisch auf eine Sache einzuwirken: L. 3. §. 1. D. *de Adquir. vel am. poss.* — Nun ist aber zur adprehensio nicht immer die körperliche Berührung der Sache erforderlich, vielmehr kann dieselbe auch in andern Handlungen bestehen: L. 1. §. 21. D. *eod.* Die Handlungen selbst aber, in welchen eine adprehensio bestehen kann, sind folgende:

1) bey rebus *immobilibus*:

a. das Betreten des Grundstückes. Doch ist hierzu ein vollständiges Umhergehen auf dem ganzen Grundstücke nicht nothwendig, es reicht schon hin, wenn nur ein Theil desselben betreten wird: L. 3. §. 1. D. *eod.*,

b. die bloße, sinnliche Wahrnehmung des Grundstückes von Seiten Dessen, welchem der bisherige Besitzer das fragliche Grundstück aus der Ferne zeigt, jedoch in der Absicht, daß Jener von nun an sich in dem Besitze desselben befinden solle: L. 18. §. 2. D. *eod.* Eine solche Uebergabe des Besitzes wird traditio longa manu facta genannt: L. 79. D. *de Solut.*

Doch ist zu der wirksamen Besitzergreifung eines Grundstückes überhaupt erforderlich, daß der bisherige Besitzer, freywillig oder gezwungen, den Besitz aufgegeben und dem neuen Besitzer vacuam possessionem gelassen hat: L. 25. §. 2. D. *de Adquir. vel am. poss.*

2) bey rebus *mobilibus*, außer dem wirklichen Ergreifen:

a. die unmittelbare Gegenwart der Person bey Sachen, welche nicht leicht von einem Orte zum andern gebracht werden können, deren Fortschaffung aber der bisherige Besitzer erlaubt hat, z. B. bey einem Holzstoße: L. 51. D. *eod.*,

b. wenn die fragliche Sache in dem Hause des neuen Besitzers auf dessen Geheiß niedergelegt worden ist: L. 18. §. 2. D. *eod.*,

c. wenn dem neuen Besitzer, der vor einem verschlossenen Gebäude oder Behältnisse steht, in welchem bewegliche Sachen aufbewahrt sind, die Schlüssel zu dem Gebäude oder Behältnisse übergeben werden: L. 74. D. *de Contrah. emt.*,

d. wenn der bisherige Besitzer dem neuen Besitzer erklärt, daß er ihm eine Sache, welche Beyde vor Augen haben, übergebe und der Letztere zu erkennen giebt, daß er damit einverstanden sey: L. 79. D. *de Solut.*,

e. Auftrag des neuen Besitzers an den bisherigen, daß dieser die fragliche Sache im Namen des erstern einem Dritten übergeben solle, welcher als Stellvertreter des Erwerbers zu betrachten ist: L. 1. §. 21. D. *de Adquir. vel am. poss.*,

f. wenn der Erwerber die bewegliche Sache unter Aufsicht eines Andern stellt: L. 51. D. *eod.* und

g. wenn der Erwerber solche Sachen, die sich nicht in einem verschlossenen Behältnisse befinden, mit einem Zeichen (Siegel, Wappen ꝛc.) versieht: L. 14. §. 1. in fin. D. *de Peric. et comm. rei vend.* — Dieß kommt besonders bey Schafen, Pferden, Baumstämmen vor.

Bey rebus *nullius* (herrenlosen Sachen) besteht aber die adprehensio darin, daß man diese Sachen in seine physische Gewalt oder Gewahrsam bringt: L. 3. §. 3. D. *de Adquir. vel am. poss.*, was bey leblosen Sachen dadurch geschieht, daß man sie berühre und factisch darüber verfüge, z. B. sie an einen andern Ort bringe: L. 15. D. *Ad exhib.*, bey lebendigen hingegen durch Einfangen in Eisen, Netzen ꝛc. Vgl. L. 55. D. *de Adquir. rer. dom.*

Hieraus geht hervor, daß der Besitz eines Wildes durch bloße Verwundung desselben noch nicht erworben wird: L. 5. §. 1. D. *eod.* und eben so wenig durch Einhegung in Thiergärten: L. 3. §. 14. D. *de Adquir. vel am. poss.*, was auch von den Fischen gilt, die man in Teichen hält: ibid. Endlich kann man von Demjenigen, der den Besitz eines Grundstückes ergreift, in welchem sich ein Schatz befindet, nicht sagen, daß er den Besitz des letztern erworben habe, wenn er von dessen Daseyn keine Wissenschaft hatte: L. 3. §. 3. D. *eod.*

§. 395.

β. Animus rem sibi habendi.

Dieser ist, wie bereits oben (§. 386.) gesagt wurde, die Absicht, eine Sache eigenthümlich zu behalten (animus domini). Daher kann der animus rem sibi habendi solchen Personen nicht zugeschrieben werden, welche entweder gar keinen Willen haben, oder doch demselben keine bestimmte Richtung geben können. Aus diesem Grunde sind von der Erwerbung des Besitzes ausgeschlossen:

1) personae fictae s. morales, weil, wenn sie aus physischen Personen bestehen, wie Stadt- und Dorfgemeinden, ein gemeinschaftlicher animus rem sibi habendi nicht an den Tag gelegt werden könnte und weil unter den moralischen Personen sich auch solche befinden, bey welchen von einem Willen überhaupt nicht die Rede seyn kann, wie z. B. eine Erbschaft: L. 1. §. 15. D. *Si is qui testam. lib.* und L. 1. §. 22. D. *de Adquir. vel am. poss.* — Wohl aber können die moralischen Personen durch einen Stellvertreter Besitz ergreifen: L. 2. D. *eod.*

2) infantes, welche jedoch den Besitz durch ihren Vormund erwerben können: L. 32. §. 2. D. *eod.* — Die impuberes infantia maiores werden jedoch für fähig erklärt, auch ohne ihren Vormund Besitz zu ergreifen, dafern man ihnen schon einen animus rem sibi habendi zutrauen kann: L. 1. §. 3. in fin. D. *eod.* und

3) furiosi et mente capti: §. 3. *cit.*

Es kommen aber auch Fälle vor, in welchen die possessio ciuilis durch den bloßen animus rem sibi habendi erworben werden kann, ohne daß es einer adprehensio rei bedarf. Dieß sind die Fälle der traditio breui manu facta. Wenn sich nämlich Jemand schon in der Detention einer Sache befindet, welche er aber in fremdem Namen ausübt, wie dieß z. B. bey dem Abmiether einer Sache, oder einem commodatarius der Fall ist, und die Sache, welche er besitzt, von deren Eigenthümer kauft oder geschenkt bekommt, so erwirbt er den Besitz derselben durch den bloßen animus, denn es bedarf nicht erst einer adprehensio, da sich die Sache schon in seinen Händen befindet: §. 44. Inst. *de Rer. diuis.*

§. 396.

b. Von der Erwerbung der Quasipossessio.

Um eine quasipossessio (§. 389.) zu erwerben, ist ebenfalls zweyerley erforderlich:

1) die Ausübung des dinglichen Rechtes, welches den Gegenstand der quasipossessio ausmacht und .

2) die wirkliche Absicht, das dingliche Recht, als solches, auszuüben. Wenn diese Absicht fehlt, so ist die Ausübung des dinglichen Rechtes eine bloß zufällige und kann nicht quasipossessio genannt werden. Wenn z. B. Jemand über ein fremdes Grundstück fährt, aber in der Meynung, daß dieses Grundstück sein eigenes sey, so kann eine quasipossessio seruitutis viae nicht in Frage kommen, weil der Fahrende nicht die Absicht hat, ein dingliches Recht an einer fremden Sache auszuüben: L. 25. D. *Quemadm. seruit. amitt.*

Was nun aber in's Besondere das erste Erforderniß, nämlich die Ausübung des dinglichen Rechtes, betrifft, so ist in Hinsicht auf die Erwerbung der quasipossessio zu unterscheiden, ob diese Erwerbung ohne Zustimmung des Eigenthümers, also durch eine einseitige Handlung geschehen soll, oder mit Einwilligung des Eigenthümers, also nach vorgängigem Vertrage.

a. Erwerbung der quasipossessio durch eine einseitige Handlung.

Hier kommt es auf die Natur derjenigen Rechte an, welche die Gegenstände der quasipossessio werden sollen, ob nämlich dieselben affirmative oder negative Rechte sind. Bey affirmativen Rechten (z. B. bey der seruitus pascendi), kraft welcher der Eigenthümer an seiner Sache etwas dulden muß, ist zur Erwerbung der quasipossessio weiter nichts erforderlich, als die Ausübung des fraglichen Realrechts, welcher sich der Eigenthümer nicht widersetzt hat, so daß die Ausübung wirklich hat vor sich gehen können, ohne Unterschied, ob die quasipossessio iusta oder vitiosa sey: L. 2. in fin. D. *Comm. praed.* und L. 10. pr. D. *Si seruit. vind.* Bey negativen Rechten aber (z. B. bey der seruitus altius non tollendi), kraft welcher der Eigenthümer ein gewisses aus seinem Eigenthume entspringendes Recht nicht ausüben darf, also etwas an seiner Sache unterlassen muß, ist die Erwerbung der quasipossessio nicht anders denkbar, als dergestalt, daß der Eigenthümer eine Handlung hat vornehmen wollen, die ihm kraft seines Eigenthumes zustand, ein Anderer aber ihm diese Handlung untersagte und der Eigenthümer sich bey diesem Verbote beruhigte: L. 6. §. 1. D. *Si seruit. vind.*

b. Erwerbung der quasipossessio nach vorgängigem Vertrage.

Hier ist die bloße Ausübung des Rechtes zur Erwerbung der quasipossessio noch keinesweges ausreichend, sondern es wird die quasitraditio erfordert: L. 20. D. *de Seruit.* L. 1. §. 2. D. *de Seruit. praed. rust.* und L. 25. §. vlt. D. *de Vsufr.* — Die quasitraditio besteht nämlich darin, daß der Eigenthümer es sieht oder doch weiß, wie ein Anderer ein dingliches Recht an seiner Sache ausübt, dieser Ausübung aber nicht widerspricht. Dieser Begriff ist bey affirmativen Rechten klar. Denn wenn mir Jemand mittelst Vertrages die seruitus pascendi auf seinem Grundstücke eingeräumt hat, so befinde ich mich, troß dem abgeschlossenen Vertrage, noch nicht im Besitze des Hutungsrechts, sondern es muß auf den Vertrag noch die quasitraditio folgen, welche hier darin besteht, daß ich meine Heerde auf das dienende Grundstück treibe, der Eigenthümer des letztern aber diese Handlung sieht oder doch von derselben Kenntniß hat und nicht widerspricht. — Bey negativen Rechten kann aber in Wahrheit eine quasitraditio nicht vorkommen, weil man die Ausübung dieser Rechte nicht sehen kann, weshalb man hier eine quasitraditio *ficta* annehmen muß, um dem Satze treu zu bleiben, daß durch Verträge unmittelbar keine dinglichen Rechte erworben werden können. Wenn mir also mein Nachbar auf seinem Hause die seruitus altius non tollendi mittelst Vertrages bewilligt hat, so brauche ich gleich vom Augenblicke des geschlossenen Vertrages an nicht zu dulden, daß er sein Haus höher baue, als es jetzt ist, befinde mich also gleich von diesem Augenblicke an in dem Besitze der erwähnten Servitut.

§. 397.

3. Von der Erwerbung des Besitzes durch Stellvertreter.

Derjenige, welcher durch Stellvertreter einen Besitz erwerben will, muß nothwendiger Weise die Absicht haben, den Besitz zu erwerben, also von der adprehensio Wissenschaft haben, welche ein Anderer zu seinen Gunsten vornimmt. Daher die Regel: ignoranti possessio non adquiritur: L. 2. §. 11. D. *Pro emt.* u. L. 1. §. 5. D. *de Adquir. vel am. poss.* Doch enthalten diese Gesetze zugleich Ausnahmen von der erwähnten Regel in Hinsicht auf Sclaven und Söhne, welche sich in väterlicher Gewalt befinden und welche, wenn sie den Besitz für ihr peculium

profectitium ergreifen, diesen ihrem dominus oder Vater erwerben, obwohl die Letzteren von der Besitzergreifung nichts gewußt haben. Eine andere Ausnahme findet in Hinsicht auf willenlose Personen Statt, für welche Vormünder oder Curatoren gültiger Weise den Besitz erwerben können, wenn auch Jene nichts davon wissen: L. 1. §. 20. D. *eod.* — Selbst fremde, uns nicht verbundene Personen können für uns Besitz ergreifen, dafern wir entweder Auftrag dazu ertheilt haben: §. 20. *cit.*, oder die in unserem Namen geschehene Besitzergreifung späterhin ratihabiren: §. 5. Inst. *Per quas pers. cuiq. adquir.* — Doch wird bey jeder Besitzergreifung durch Stellvertreter nothwendig vorausgesetzt, daß diese zur Erwerbung des Besitzes fähig sind und den Besitz in der Absicht ergreifen, ihn für einen Andern zu erwerben, weil sie außerdem nicht für den Andern, sondern für sich selbst Besitz ergreifen würden: L. 1. §. 20. D. *cit.*

Endlich ist hier noch das sogenannte constitutum possessorium zu erklären, kraft dessen Jemand eine Sache, welche er bis jetzt in eigenem Namen besessen hat, nunmehr im Namen eines Andern zu besitzen anfängt, weil sein bisheriger animus domini durch ein späteres Ereigniß aufgehört hat und auf einen Andern übergegangen ist. Wenn z. B. Jemand sein Haus verkauft, sich aber vorbehält, dasselbe noch eine Zeit lang besitzen zu dürfen, so betrachtet er sich von nun an nicht mehr als Eigenthümer, hat also keinen animus domini mehr, sondern detinirt bloß das Haus durch Zulassung und im Namen des Käufers und neuen Eigenthümers: L. 1. pr. D. *de Adquir. vel am. poss.* u. L. 28. C. *de Donat.* Vgl. auch L. 77. D. *de Rei vind.*

Das constitutum possessorium ist der traditio breui manu facta gerade entgegengesetzt, weil bey dieser der bisherige Besitzer im Namen des Eigenthümers besessen hatte, nunmehr aber selbst Eigenthümer wird und darum nun den Besitz in eigenem Namen fortsetzt (§. 395.)

§. 398.

V. Von dem Verluste des Besitzes.

Ueber den Verlust des Besitzes sind die Hauptstellen: L. 153. D. *de R. J.* u. L. 8. D. *de Adquir. vel amitt. possess.* in Verbindung mit L. 44. §. 2. D. *eod.* Diese Gesetzstellen gewähren folgendes Resultat:

Der juristische Besitz kann in der Regel nicht für erworben angesehen werden, wenn entweder nur die detentio, oder nur der animus rem sibi habendi vorhanden ist, aber zum Verluste des Besitzes reicht es schon hin, wenn entweder nur die detentio, oder nur der animus rem sibi habendi aufhört. Vgl. auch: L. §. 3. 6. u. 13. *eod.* — Ein Anderes ist es, wenn Jemand seinen Besitz durch einen Stellvertreter ausübt, wie wenn er seine Sache vermiethet, verpfändet oder in Nießbrauch gegeben hat, in welchem Falle er allerdings die Detention verliert, aber den animus behält und also noch ferner als Besitzer angesehen wird, aber, wenn sich ein Dritter der Sache bemächtigt, auch ohne sein Wissen den Besitz verliert: L. 44. §. 2. D. *eod.* Und hierauf bezieht sich die Eintheilung der possessio in possessionem *animi* et *corporis.* Diese letztere darf nicht mit der possessio *naturalis* (mit der bloßen Detention) verwechselt werden, denn die possessio *corporis* ist stets mit dem animus verbunden.

Nach dem Bisshergesagten kann der Besitz verloren gehen:

1) wenn die detentio aufhört. Hierzu wird erfordert, daß die physische Einwirkung des Besitzers auf die Sache nicht mehr möglich ist. Dieser Fall tritt ein:

a. wenn die Sache casu fortuito untergeht,

b. wenn ein Anderer sich derselben bemächtigt und sich heimlich oder mit Gewalt in den Besitz derselben setzt und

c. wenn Hausthiere sich verirren und nicht wiederkehren oder Vögel den Käfichen entfliegen 2c. Vgl. über diese Fälle: L. 3. §. 13—16. D. *eod.*

Keineswegs ist also hier davon die Rede, daß wir Jemandem eine Sache übergeben, damit er den Besitz in unserem Namen ausüben solle: L. 18. pr. *eod.* und eben so wenig davon, daß sich der Besitzer eine Zeit lang von einer Sache entfernt, zu welcher er nach Belieben zurückkehren kann: L. 3. §. 7. D. *eod.* In keinem dieser beyden Fälle geht der Besitz verloren.

2) wenn der *animus rem sibi habendi* wegfällt. Da der animus etwas Inneres ist, so kann über den Wegfall desselben nur dann geurtheilt werden, wenn der Besitzer seinen Willen erklärt, daß er die Sache nicht mehr besitzen wolle. Diese Erklärung kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend gegeben werden und in letzterem Falle findet eine derelictio Statt,

so daß ein Jeder an die Stelle des vorigen Besitzers treten kann: L. 37. §. 1. D. *de Vsurp.*

3) wenn die detentio und der animus zugleich wegfallen. Dieß findet jederzeit dann Statt, wenn der bisherige Besitzer freywillig die fragliche Sache einem Andern übergiebt, so daß dieser sie von nun an als die seinige betrachten solle: vt eam sibi habeat. Hier ändert selbst das constitutum possessorium nichts: L. 18. pr. D. *de Adquir. vel am. poss.* (§. 397.)

Wenn aber der Besitz durch einen Stellvertreter ausgeübt wurde, so geht der Besitz verloren, wenn dieser selbst aus dem Besitze gesetzt wird: L. 44. §. 2. D. *eod.* nicht aber, wenn der Stellvertreter den animus aufgiebt, für uns zu besitzen, wie wenn er ohne unser Wissen einem Dritten den Besitz einräumt, denn in diesem Falle behält der Principal den animus und wird auch noch ferner als Besitzer angesehen: L. 12. C. *eod.*

VI. Von den Rechtsmitteln, welche einem juristischen Besitzer zustehen oder von den possessorischen Interdicten.

§. 399.

1. Begriff der Interdicte.

Interdicta (im gegenwärtigen Zusammenhange): remedia possessoria. Sie sind Rechtsmittel, deren sich Jemand zum Schutze seines Besitzes bedient. Ursprünglich waren die Interdicte überhaupt Befehle des Prätor, durch welche derselbe anordnete, daß Jemand etwas vornehmen oder unterlassen solle. Weil aber solche Befehle am Gewöhnlichsten dann ausgewirkt wurden, wenn es dem Schutze des Besitzes galt, so bezeichnete man diejenigen Rechtsmittel, welche hierauf Bezug nahmen, vorzugsweise mit dem Namen der Interdicte: pr. Inst. *de Interdict.* Es ist also kein Pleonasmus, wenn man sich des Ausdruckes: possessorische Interdicte bedient, weil es auch Interdicte giebt, welche sich nicht auf den Besitz beziehen.

Nun ist aber wohl zu merken, daß die possessorischen Interdicte niemals auf Anerkennung des Rechtes selbst (wie z. B. des Eigenthums, einer Servitut rc.) gerichtet werden können, denn für diesen Fall sind die actiones (Klagen) vorhanden, welche im Gegensatze der Interdicte: remedia petitoria (petitorische Rechts-

mittel) genannt werden, sondern daß dieselben nur auf den Schutz des juristischen Besitzes abzwecken, also nur eine provisorische Maaßregel sind, welche aber allerdings zur Feststellung und Vertheidigung des Rechtes selbst beytragen oder doch dieselbe vorbereiten und erleichtern kann. Dieß gilt besonders für die Frage, wer bey der rei vindicatio, mit welcher der Eigenthümer von jedem dritten Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann, den Beweis zu führen habe. Da nämlich jeder Besitzer der präsumtive Eigenthümer ist, so muß natürlich Der, welcher nicht besitzt, aber das Eigenthum der fraglichen Sache für sich in Anspruch nimmt, dieses Eigenthum beweisen, was in vielen Fällen keine geringe Aufgabe ist. Hieraus geht hervor, wie wichtig und vortheilhaft es in einem solchen Falle für den Besitzer ist, sich in dem Besitze der Sache geschützt zu sehen. Auch scheint dieß der Ursprung der interdicta *retinendae* possessionis gewesen zu seyn: L. 1. §. 2. u. 3. D. *Vti possidetis*, wo dieß sehr deutlich ausgedrückt ist.

Wenn aber ein possessorisches Interdict mit Wirkung angestellt werden soll, so ist dreyerley erforderlich:

1) daß Jemand wirklich den juristischen Besitz einer körperlichen Sache oder eines dinglichen Rechtes erworben habe (vera vel quasipossessio),

2) daß er in diesem Besitze gestört worden sey und

3) daß er durch diese Störung den Besitz nicht gänzlich verloren habe.

§. 400.

2. Gattungen der possessorischen Interdicte.
a. retinendae possessionis.

Die interdicta possessoria sind überhaupt von doppelter Art, nämlich entweder interdicta *retinendae* possessionis, oder interdicta *recuperandae* possessionis, jenachdem sie auf Erhaltung oder auf Wiedererlangung des Besitzes gerichtet werden: L. 1. §. 4. D. *Vti possid.*

Von den interdictis *retinendae* possessionis gab es nach älterem R. R. zwey: das interdictum *vti possidetis* und das interdictum *vtrubi*. Das erstere hatte bloß Grundstücke, das letztere bloß bewegliche Sachen zum Gegenstande: §. 4. Inst. *de Interdict.* Aber dieser Unterschied wurde noch vor Justinian

aufgehoben, so daß durch das neuere R. R. beyde Interdicte in eines verschmolzen worden sind: §. 4. *cit.* u. L. vii. §. 1. D. *Vtrubi,* und es nun bloß noch ein interdictum retinendae possessionis giebt. Dieses Interdict gebraucht der juristische Besitzer, wenn er sich noch in der Detention der Sache befindet, aber ein Anderer durch störende Handlungen zu erkennen giebt, daß er die Ausübung des Besitzes von Seiten des Besitzers nicht geschehen lassen wolle: L. vii. §. 1. in fin. D. *Vtrubi.* Das petitum des Besitzers ist hier darauf gerichtet, daß der Störende gezwungen werden solle, von fernerer Beunruhigung des Besitzers abzustehen, mithin den Besitz anzuerkennen und den durch die Störung dem Besitzer zugefügten Schaden zu ersetzen: L. 3. §. 11. D. *Vti possid.*

Nun wird aber sehr natürlich Der, gegen welchen Jemand dieses Rechtsmittel gebraucht, für seine Person behaupten, daß er der Besitzer sey und vielmehr von Demjenigen beunruhigt werde, welcher das Interdict anstellt, es wird daher für den Richter eine vollkommene Gleichheit der streitenden Partheyen vorhanden seyn, weshalb denn das Urthel hier eben so wohl für den Beklagten, als für den Kläger ausfallen kann. Wegen dieser Anomalie wird das interdictum retinendae possessionis auch interdictum *duplex* genannt: L. 3. pr. u. §. 1. D. *eod.*

Heut zu Tage ist dieses Rechtsmittel in eine eigenthümliche Proceßform eingekleidet, welche entweder possessorium summarium (s. summariissimum) oder possessorium ordinarium genannt wird, jenachdem vom Schutze des letzten (neuesten) Besitzes (welcher durch eine einzige ungestörte Besitzhandlung hervorgebracht wird) oder desjenigen die Rede ist, welcher entweder schon eine bestimmte Zeit hindurch ausgeübt worden war, oder auf einem besondern Rechtstitel beruht. Ueber diese Proceßart vgl. die Reichs-Kammer-Gerichts-Ordnung v. J. 1555. II. Tit. 21. §. 3.

§. 401.

b. Interdicta recuperandae possessionis.

Hierher gehört: 1) interdictum vnde vi, 2) de clandestina possessione und 3) de precario.

1. Interdictum vnde vi. Dieses kann nach ausdrücklicher Vorschrift des R. R. bloß dann angestellt werden, wenn Jemand aus dem Besitze eines Grundstückes gesetzt worden ist, leidet also

auf beweglich e Sachen keine Anwendung: L. 1. §. 6. D. *de Vi et de vi armata.* Es kann aber nur von Demjenigen gebraucht werden, welcher gewaltsamer Weise dejicirt worden ist: L. 1. §. 3. D. *eod.* und nur gegen Den, der entweder selbst die Gewalt angewendet hat, oder doch der Urheber derselben ist: L. 1. *cit.* §. 11. u. 12. Das petitum ist die Wiedereinsetzung in den Besitz und Vergütung des ganzen Schadens, welcher durch die verübte Gewalt dem Dejicirten zugefügt worden ist: L. 1. *cit.* §. 31. u. 32. Doch ist, um diesen Zweck vollständig zu erreichen, erforderlich, daß man das Rechtsmittel binnen Jahresfrist, von Zeit der verübten Gewalt an gerechnet, geltend mache: L. 1. *cit.* pr. u. §. 39. denn späterhin kann es nur noch auf Wiedereinsetzung in den Besitz und auf Erstattung Dessen gerichtet werden, wodurch der Dejicient bereichert worden ist: L. 1. *cit. pr.*, es müßte denn Derjenige aus dem Besitze gesetzt worden seyn, welcher das Grundstück im Namen eines Abwesenden besaß: L. 1. C. *Si per vim vel al. modo abs.* In diesem Falle kann der Abwesende nach seiner Rückkehr das Interdict in seinem ganzen Umfange und mit voller Wirkung gebrauchen: ibid.

2. Interdictum de clandestina possessione. Hier wird ebenfalls ein Grundstück erfordert, in dessen Besitz sich Jemand heimlicher Weise, also ohne Wissen des bisherigen Besitzers gesetzt hat: L. 7. §. 5. D. *Comm. diu.* — Dieses Interdict unterscheidet sich von dem interdictum vnde vi dadurch, daß bei letzterem der Dejicirte wissentlich, aber wider seinen Willen, den Besitz des Grundstückes verliert. Das interdictum de clandestina possessione kam aber nach neuerem R. R. außer Gebrauch, weil dieses eine possessio *animi* statuirte, also annahm, daß der Besitz nicht allemal mit der Detention verloren gehe, daß dieß also noch keinesweges der Fall sey, wenn ein Anderer sich der Sache bemächtige, ohne daß der bisherige Besitzer etwas davon wisse, da in dem letztern der animus rem sibi habendi noch fortdauere: L. 3. §. 7. u. L. 25. §. 2. D. *de Adquir. vel am. poss.* Endlich

3. Interdictum de precario. Dieses wird auf Wiedererstattung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache gegen Denjenigen angestellt, welchem dieselbe auf Widerruf zu seiner Benutzung überlassen worden war, welcher sie aber, trotz dem erfolgten Widerrufe, nicht herausgiebt. Das petitum ist auf Restitution der Sache und vollständigen Schadenersatz gerichtet: L. 2. pr. §. 1. u. 2. D. *de Precario.* — L. 8. §. 3. 4. u. 6. D. *eod.*

Dritter Abschnitt.
Von den Speciebus iuris in re.
Erster Titel.
Vom Eigenthum.

Erstes Capitel.
Ueber den Begriff und die rechtliche Natur des Eigenthums.

§. 402.

I. Begriff.

Dominium (Eigenthum): ius, de substantia rei corporalis cum exclusione omnium aliorum disponendi: L. 1. §. 1. D. *de SC. Silan.* Das Charakteristische dieses Begriffes ist doppelt:

1) daß das dominium nur an einer res *corporalis* gedacht werden kann, niemals aber an einer *incorporalis* (an einem Rechte). Denn wenn auch in den Quellen zuweilen der Ausdruck vorkommt: dominium servitutis, dominium vsusfructus: L. 8. pr. D. *de Reb. auct. iud. possid.*, so ist es doch klar, daß das Wort dominium in einer solchen Zusammenstellung gleichbedeutend mit in bonis habere, mit Vermögen, mit Haben, Innehaben zu verstehen ist: L. 49. D. *de V. S.* — Und hieraus geht hervor, daß es im ganzen R. R. kein quasidominium, als Eigenthum unkörperlicher Sachen giebt, wie einige ältere Rechtslehrer fälschlich annehmen,

2) daß das dominium mit Ausschluß aller Andern ausgeübt wird, so daß es die völlig freye Verfügung über eine körperliche Sache enthält: L. 24. D. *de Seruit. praed. vrb.* Hierdurch unterscheidet sich das dominium von allen übrigen, dinglichen Rechten, von welchen keines sich durch die freye Verfügung über eine körperliche Sache äußert, sondern jedes nur durch andere, einzelne Handlungen sichtbar wird, welche nicht den Umfang des Eigenthumes haben. Es ist daher ein Mißverständniß, wenn manche Rechtslehrer den Satz aufstellen, daß es nur ein dingli-

ches Recht, nämlich das dominium gebe und daß dieses alle übrige dingliche Rechte, als einzelne Abarten, umfasse. Diese Ansicht ist um so grundloser, da das dominium nur an einer res *propria* gedacht werden kann, die Servituten und das Pfandrecht aber gerade darin ihren Begriff und ihre Wesenheit haben, daß sie nur an einer res *aliena* ausgeübt werden können. Aber jene irrige Meynung ist nichts weiter, als eine Verwechselung des dominium mit dem patrimonium, welches letztere allerdings die sämmtlichen Rechte, mithin auch alle dingliche Rechte begreift, welche einem unabhängigen Staatsbürger zustehen können. Diese dinglichen Rechte bestehen dann neben einander, so daß z. B. die Servituten eine eben so unabhängige Stellung einnehmen, wie das dominium, nicht aber aus diesem hervorgehen, sondern, gleich dem dominium, ein Bestandtheil des patrimonium sind.

Das dominium besteht nun, nach seinem bisher erklärten Begriffe, in folgenden zwey Hauptrechten:

1) Vsusfructus: das Recht des Eigenthümers, aus seiner Sache allen erdenklichen Nutzen zu ziehen, so weit dieß salua rei substantia geschehen kann, wohin nicht nur der Gebrauch im eigentlichen Sinne, sondern auch die Perception aller Früchte und Einkünfte gehört, welche die Sache hervorbringt. Dieser vsusfructus wird von den Neuern caussalis genannt, weil das Eigenthum die Ursache desselben ist, im Gegensatze des vsusfructus formalis, welcher, als eine Servitut, an einer res aliena ausgeübt wird.

2) Proprietas: der Inbegriff aller derjenigen Eigenthumsrechte, welche nicht in dem vsusfructus liegen. Hierher gehört das Recht:

a. eine Veräußerung im engern oder weitern Sinne vorzunehmen: L. 1. C. *de Fundo dot.* — L. vlt. C. *de Rebus al. non alien.* Vgl. §. 165.

b. die Sache zu vernichten oder ihr eine andere Gestalt zu geben: L. 24. D. *de Seruit. praed. vrb.*,

c. die Sache mortis caussa, also durch Erbeinsetzung, Vermächtniß oder Schenkung auf den Todesfall auf andere Personen überzutragen: §. 1. Inst. *de Legat.* und

d. das Eigenthum durch gewisse Rechtsmittel zu schützen, unter welchen aber das wichtigste und umfassendste die rei vindicatio ist: L. 1. D. *de Rei vind.* in Verb. mit L. 23. pr. D. *eod.* Diese Klage ist das eigentliche, juristische Kennzeichen des wahren Eigenthums.

Zum Schlusse ist hier noch zu bemerken, daß zwar das Eigenthum in der Regel ohne alle Beschränkung geltend gemacht werden kann, daß jedoch hierdurch die Rechte Anderer nicht beeinträchtigt werden dürfen: L. 24. §. vlt. D. *de Damno inf.* u. L. 1. §. 11. D. *de Aqu. pluu.*

II. Eintheilungen.

§. 403.

1. Dominium ciuile et praetorium.

Dominium ciuile: quod legibus ciuilibus introductum est et cuique vero domino competit.

Dominium praetorium: quod fictione praetoris nititur et bonae fidei possessori conditione vsucapiendi praedito competit: §. 4. Inst. *de Act.* Vgl. auch §. 388. und §. 115.

Aus dem dominium ciuile entspringt die rei vindicatio, aus dem praetorium aber die actio Publiciana in rem.

Mit dieser Eintheilung darf die Eintheilung in dominium ciuile und naturale nicht verwechselt werden, welche höchst speciell ist und sich bloß auf die von der Römischen Ehefrau eingebrachte Mitgift bezieht: L. 24. D. *de Act. rer. amot.* und L. 30. C. *de Iure dot.* (§. 277.)

§. 404.

2. Dominium reuocabile et irreuocabile.

In der Regel ist jedes Eigenthum unwiderruflich. Doch kommen allerdings auch Ausnahmen vor, in welchen der vorige Eigenthümer von dem gegenwärtigen das Eigenthum wieder zurücknehmen kann und dann entsteht der Begriff des dominium reuocabile (des widerruflichen Eigenthums), welches von doppelter Art seyn kann:

a. *dominium reuocabile ex tunc*: cuius effectus per reuocationem inde a momento translati dominii rescinduntur. Hier hat die reuocatio rückwirkende Kraft, so daß, wenn sie erfolgt, angenommen werden muß, es sey das Eigenthum niemals auf den Empfänger übergetragen worden. Dieß zeigt sich z. B. in einem pactum addictionis in diem, welches unter einer resolutiven Bedingung dergestalt eingegangen worden ist, daß der Kauf, wenn

innerhalb einer bestimmten Zeit ein besserer Käufer erschiene, für nicht eingegangen erachtet werden solle. Kommt nun wirklich binnen der festgesetzten Zeit ein besserer Käufer, so muß der erstere, obwohl ihm die Sache übergeben worden war und er also das Eigenthum daran erworben hatte, dennoch dieselbe wieder herausgeben und verliert sein bisheriges Eigenthum, so daß alle dingliche Rechte, welche er indessen zu Gunsten dritter Personen an der Sache begründet hatte, z. B. Pfandrechte, von selbst wieder aufhören: L. 3. D. *Quib. mod. pign. solu.* Vgl. auch L. 41. D. *de Rei vind.* In einem solchen Falle tritt der Grundsatz ein: resolvitur ius reale resoluto iure constituentis;

b. *dominium reuocabile ex nunc*: cuius effectus inde demum a momento reuocationis cessant. Bey diesem Begriffe bleiben alle Wirkungen des Eigenthums bis zum Augenblicke des Widerrufs bey Kräften und das Eigenthum wird in der Person des bisherigen Inhabers erst durch den Widerruf aufgehoben. Wenn ich z. B. Jemandem ein Feld geschenkt und übergeben habe, ohne irgend eine Bedingung hinzuzufügen, so erwirbt der Empfänger das Eigenthum an diesem Felde und kann daher gültiger Weise über das letztere verfügen, also auch einem Dritten die seruitus pascendi daran begründen. Dieß ist geschehen und jetzt begeht der Eigenthümer des Feldes gegen mich, seinen Schenkgeber, eine grobe Undankbarkeit, die mir das Recht giebt, die erfolgte Schenkung zu widerrufen. Wenn ich dieses Recht ausübe und das geschenkte Feld zurücknehme, so muß ich demungeachtet die von dem bisherigen Eigenthümer darauf gelegte seruitus pascendi anerkennen und dulden, weil zur Zeit ihrer Begründung noch kein Grund des Widerrufes vorhanden war. Vgl. L. 10. C. *de Revoc. donat.*

§. 405.

3. Dominium solitarium et condominium.

Dominium solitarium: quod vni tantum personae circa aliquam rem competit.

Condominium: dominium, quod pluribus personis circa aliquam rem pro partibus intellectualibus competit: L. 8. D. *de Rei vind.*

Die Ausdrücke selbst kommen in den Quellen nicht vor, welche vielmehr das dominium *solitarium* mit den Worten bezeichnen:

res, quam quis *solus*, oder quam quis *propriam* habet, das *condominium* aber: quam quis cum alio *communem* habet: L. 4. §. 7. D. *Fin. reg.*, oder auch: quam plures *pro indiuiso* possident: L. 25. §. 1. D. *de V. S.*

Die rechtlichen Wirkungen des Miteigenthums bestehen darin:

1) daß jeder Miteigenthümer über seinen intellectuellen Antheil sowohl inter viuos, als mortis caussa frey verfügen kann: L. 3. C. *de Comm. rer. alienat.* Wenn ich also mit einem Andern ein Haus in condominio habe, so kann ich die mir daran zustehende intellectuelle Hälfte, ohne Vorwissen des condominus an einen Dritten verkaufen oder auch durch letzten Willen übertragen.

2) daß er die Nutzungen der Sache zu seinem Antheile beziehen kann,

3) daß er zu jeder Zeit auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache antragen kann: L. 1. D. *Comm. diuid.* — Keinesweges aber darf er

4) ohne Vorwissen und Einwilligung der übrigen Miteigenthümer über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache verfügen, denn um eine solche Disposition zu hintertreiben, reicht schon der Widerspruch eines einzigen Miteigenthümers hin. Daher sagt die L. 28. D. *eod.* „in re pari potior est caussa prohibentis".

Außer der Substanz der Sache giebt es aber unter den Römischen Miteigenthümern nichts Gemeinschaftliches, d. h. der eine hat nicht etwa einen Anspruch auf die intellectuellen Antheile der übrigen. Diese bleiben streng getrennt und bey dem Vermögen jedes einzelnen Miteigenthümers, so daß jeder derselben seinen intellectuellen Antheil am Eigenthume, auch ohne letzten Willen, auf seine Erben überträgt, es also keinen möglichen Weg giebt, auf welchem ein Römischer Miteigenthümer, als solcher, zu dem intellectuellen Theile eines andern gelangen könnte. Darum ist das bis jetzt erklärte condominium des R. R. (Miteigenthum) auf's Genaueste von dem condominium des deutschen Rechts (Gesammteigenthum) zu unterscheiden, welches in manchen Staaten unter dem besondern Namen der gesammten Hand (communis manus) bey Lehnen gilt und kraft dessen mehreren Personen (Mitbelehnten) das Lehnseigenthum an der fraglichen Sache in solidum, d. h. dergestalt zusteht, daß jede als Eigenthümer der ganzen Sache betrachtet wird. Dieß hat die Folge, daß, wenn der besitzende Vasall ohne lehnsfähige Descen-

denten mit Tode abgeht, die übrigen Gesammteigenthümer (die Mitbelehnten) nach einer besondern Lehnsfolgeordnung auf die Succession Anspruch haben, was jedoch, genau betrachtet, keine Succession, sondern nur eine Consolidation ist, weil durch das Aussterben der besitzenden Linie sich nur die Zahl der Gesammteigenthümer (die Lehnsfamilie) verringert hat. Dieses dem R. R. natürlich ganz fremde Verhältniß wurde hier nur zu größerer Verdeutlichung des Römischen Miteigenthums berührt.

§. 406.

4. Dominium plenum et minus plenum.

Dominium plenum (volles Eigenthum): quod omnia iura domino ex lege competentia complectitur.

Dominium minus plenum s. *diuisum* s. *dimidiatum* (getheiltes Eigenthum): a quo alterum alterumue ius dominio comprehensum abest.

Diese Eintheilung, welche sich nur auf Grundstücke bezieht, finden wir im R. R. nicht namentlich bezeichnet, weil dieses den Ausdruck dominium nur vom vollen Eigenthume gebraucht, diejenigen Modificationen des Eigenthums aber, welche wir heut zu Tage getheiltes Eigenthum nennen, als iura in re aliena aufführt. Demungeachtet ist die vorliegende Eintheilung dem Geiste des R. R. nicht fremd, sondern zum richtigen Verständnisse desselben unumgänglich nothwendig. Denn ohne diese Eintheilung würde sich die rechtliche Natur der emphyteusis und superficies nicht vollständig entwickeln lassen, welche unläugbar nicht bloße iura in re aliena, sondern Gattungen des Eigenthums sind, obwohl sie eine Theilung der im Eigenthum enthaltenen Rechte zwischen zwey Personen voraussetzen. Aber eben deshalb ist das dominium diuisum entweder directum oder vtile, jenachdem es der einen oder andern Person zusteht.

a. *Dominium vtile* (nutzbares oder analoges oder Untereigenthum): vsusfructus cum proprietate inferiori coniunctus. — Jeder dominus vtilis (nutzbare Eigenthümer) ist vollständiger vsufructuarius, er hat das unbeschränkte Recht des Nießbrauchs, wie es die Römischen Gesetze bezeichnen, aber außerdem steht ihm auch noch eine untergeordnete Proprietät zu, welche folgende Rechte enthält: α) das Recht auf gewisse Accessionen, besonders auf den Schatz, welcher im Grundstücke gefunden wird, β) ein

beschränktes Veräußerungsrecht, γ) das Recht, die fragliche Sache auf die Erben zu transmittiren und δ) die vtilis rei vindicatio.

b. *Dominium directum* (Obereigenthum): reseruata proprietatis pars, quae inspectionem in exercitium dominii vtilis et ius aperturae continet. Nach Maaßgabe dieser Definition liegen im dominium directum folgende Hauptrechte: α) ius inspiciendi, kraft dessen der dominus directus (Obereigenthümer) zu jeder Zeit das verliehene Grundstück betreten darf, um sich zu überzeugen, ob es sorglich verwaltet werde, β) das Recht, zu verlangen, daß er von einer bevorstehenden Veräußerung des Grundstückes in Kenntniß gesetzt werde, weil ihm für diesen Fall das Vorkaufsrecht zusteht, γ) ius aperturae (Heimfallsrecht), kraft dessen der dominus directus das verliehene Grundstück wieder zurücknehmen kann, wenn der dominus vtilis sich entweder contractwidrige Handlungen zu Schulden gebracht hat, oder ohne Testaments- und Intestaterben mit Tode abgegangen ist und δ) die directa rei vindicatio.

Das Nähere über diese Rechte gehört, soweit sie im R. R. begründet sind, in die Lehre von der emphyteusis und superficies. Hier ist bloß noch zu bemerken, daß der Begriff des getheilten Eigenthums heut zu Tage noch für das Lehnsverhältniß von besonderer Wichtigkeit ist, bey welchem alle die erwähnten Rechte Statt finden, nur mit dem Unterschiede, daß der Vasall gar kein Veräußerungsrecht hat und auch keinen letzten Willen über das Lehn errichten kann.

§. 407.

5. Dominium illimitatum et limitatum.

Dominium illimitatum (unbeschränktes Eigenthum): cuius exercitium omni ex parte ab arbitrio domini pendet.

Dominium limitatum (beschränktes Eigenthum): in quo exercendo dominus finibus quibusdam circumscriptus est.

Diese Eintheilung unterscheidet sich von der in dominium plenum et minus plenum dadurch, daß letztere sich auf die Rechte selbst bezieht, welche das Eigenthum ausmachen, jene aber bloß die Ausübung dieser Rechte zum Gegenstande hat. Hieraus geht hervor, daß ein dominium plenum recht wohl *limitatum* seyn kann, wie dieß z. B. bey jeder Servitut vorkommt, welche der volle Eigenthümer eines Hauses demselben auflegt, daß aber auch umgekehrt ein dominium minus plenum als illimitatum denkbar ist,

nämlich wenn der dominus vtilis, soweit seine Befugnisse reichen, in der Ausübung desselben unbehindert ist, wie dieß z. B. Statt findet, wenn ein Grundstück ohne irgend eine dingliche Last (ohne Servituten, Hypotheken ꝛc.) Jemandem als emphyteusis oder superficies verliehen worden ist.

Die verschiedenen Ursachen aber, aus welchen Beschränkungen des Eigenthums hervorgehen können, sind folgende:

1) das Gesetz selbst (§. 408.),

2) ein letzter Wille, wie wenn der Erblasser die Veräußerung einer von ihm vermachten Sache untersagt hat: Nou. 119. c. 11.,

3) ein Vertrag, z. B. ein solcher, durch welchen der Eigenthümer eine Servitut auf sein Grundstück nimmt: §. 4. Inst. *de Seruit. praed.*,

4) die Verjährung, durch welche ebenfalls eine Servitut an einem fremden Grundstücke oder überhaupt an einer fremden Sache erworben werden kann: L. 10. D. *Si seruit. vind.* und

5) eine richterliche Maaßregel, durch welche z. B. mittelst der Auspfändung, die in Folge eines rechtskräftigen Urthels vorgenommen wird, an den Gütern des Schuldners ein Pfandrecht entsteht, welches bis jetzt noch nicht existirt hatte: L. 1. C. *Si in caussa iudic. pign.*

§. 408.

Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums.

Das Eigenthum der Staatsbürger ist aber in manchen Verhältnissen gewissen Einschränkungen unterworfen, welche zum gemeinen Besten die Gesetze selbst aufgestellt haben und welche, soweit sie das Privatrecht angehen, folgende sind:

1) Cautio damni infecti. Der Eigenthümer eines Hauses, welches den Einsturz droht, ist, wenn er die Reparatur desselben unterläßt, nach R. R. verbunden, seinem Nachbar, wegen des etwanigen Schadens, den er erleiden könnte, eine Caution zu leisten. Im Weigerungsfalle erhält der Nachbar ein prätorisches Pfandrecht an dem baufälligen Hause durch die missio in bona damni infecti: L. 2. D. *de Damno inf.* in Verbindung mit: L. 4. §. 1—4. D. *eod.* — Heut zu Tage findet in einem solchen Falle ein ganz anderes Verfahren Statt. Es wird nämlich dem Eigenthümer des baufälligen Hauses von der competenten Obrigkeit die

Reparatur desselben unter Androhung gewisser Geldstrafen anbefohlen und wenn der Eigenthümer bey seiner Weigerung beharrt, das Haus selbst sub hasta verkauft und dem Meistbietenden unter der Bedingung zugeschlagen, daß er es binnen einer bestimmten Zeit wieder in baulichen Stand versetze.

2) Actio de tigno iuncto. Schon nach den zwölf Tafeln durfte Der, welchem ein Balken aus seiner Gewahrsam weggenommen und in ein fremdes Haus eingebaut, oder ein Pfahl entwendet und in einen fremden Weinberg eingesteckt worden war, denselben nicht vindiciren: ne vrbs ruinis deformetur vel vinearum cultura turbetur. Dieses Verbot erhielt sich nun auch im neuern R. R., so daß der Eigenthümer des bereits eingebaueten Balkens oder eingesteckten Pfahles sein Eigenthum daran gänzlich verliert und nur eine persönliche Klage, nämlich die actio de tigno iuncto auf das Doppelte des Werthes gegen Denjenigen anstellen kann, welcher den Balken oder den Pfahl mit dem Hause oder Weinberge verbunden hat: L. 1. D. *de Tigno iuncto.*

3) Interdictum de glande legenda. Wenn die Früchte eines Baumes auf den nachbarlichen Boden fallen, so hat der Eigenthümer des Baumes nach Römischen Gesetzen das Recht, einen Tag um den andern (tertio quoque die) das Grundstück des Nachbars zu betreten und den Ueberfall zu sammeln. Verweigert ihm aber der Nachbar den Eintritt, so stellt er das genannte interdictum an: L. vn. D. *de Glande legenda.*

4) Actio aquae pluuiae arcendae. Wenn von zwey nachbarlichen Grundstücken das eine höher gelegen ist, als das andere, und der Eigenthümer des erstern eine Vorrichtung darauf gemacht hat, durch welche das Regenwasser auf das tiefer gelegene Grundstück im Ganzen abfließen, mithin dasselbe überschwemmen kann, so steht dem Eigenthümer des letztern die actio aquae pluuiae arcendae zu, mit welcher er verlangen kann, daß der Nachbar entweder die Vorrichtung wegnehme, oder wegen des zu befürchtenden Schadens Caution leiste: L. 1. pr. u. §. 1. u. L. 14. §. 3. D. *de Aqua et aquae pluu. arc.*

5) Interdictum de arboribus caedendis. Wenn ein Baum seine Aeste über das nachbarliche Grundstück hinüberstreckt, so kann der Eigenthümer des letztern verlangen, daß der Eigenthümer des Baumes die Aeste desselben so weit abschneide, als sie in den Luftraum des Nachbars hinüberragen. Im Weigerungsfalle kann

der Nachbar die Aeste selbst abschneiden und das Holz für sich behalten: L. 1. pr. u. §. 2. D. *de Arbor. caed.*

6) Interdictum de arboribus coërcendis (sublucandis). Dieses Interdict bezieht sich bloß auf benachbarte praedia *rustica*, auf welche ein Baum dergestalt Schatten wirft, daß er das Wachsthum der Saaten oder Pflanzen hindert. In einem solchen Falle kann der Nachbar vom Eigenthümer des Baumes verlangen, daß dieser bis zur Höhe von funfzehn Fuß, von der Erde hinauf gerechnet, die sämmtlichen Aeste rings herum abschneide. Wenn der Eigenthümer es unterläßt, kann es vom Nachbar geschehen und dieser das Holz für sich behalten: L. 1. pr. u. §. 8. u. 9. D. *de Arbor. caed.*

Die beyden letzterwähnten Interdicte stellt der Nachbar an, wenn ihn der Eigenthümer des Baumes am Abschneiden der Aeste hindern will: L. 1. *cit.* §. 1.

Zweytes Capitel.

Von den verschiedenen Arten, auf welche das Eigenthum erworben werden kann, jedoch mit Ausschluß der Verjährung.

§. 409.

Modus und Titulus.

Modus adquirendi dominii: factum legibus notatum, quo dominium adquiritur.

Titulus: caussa remota, legibus praescripta, quae viam ad dominium adquirendum parare potest.

Der modus und titulus sind in Hinsicht auf die Erwerbung des Eigenthums auf's Genaueste mit einander verbunden, dergestalt, daß der modus völlig wirkungslos ist, wenn er sich nicht auf einen vorhergehenden titulus stützt. Doch ist es nicht nöthig, daß der titulus, auch der Zeit nach, dem modus vorangehe, vielmehr können titulus und modus in einen Augenblick zusammenfallen, nur müssen sie juristisch immer getrennt werden. Zwischen dem modus und titulus sind nun folgende Unterschiede zu bemerken:

1) der titulus ist die caussa *remota*, welche zur Erwerbung des Eigenthums die erste Veranlassung giebt, der modus ist die caussa *proxima*, welcher man die Erwerbung des Eigenthums unmittelbar verdankt,

2) der titulus macht die Erwerbung des Eigenthums nur möglich, durch den modus wird aber das Eigenthum wirklich erworben,

3) der titulus ist *iuris*, der modus ist *facti* und

4) aus dem titulus geht ein ius *personale*, aus dem modus aber das dominium, also ein ius *reale* hervor.

So ist z. B. der Kauf ein titulus, die darauf folgende Uebergabe hingegen ein modus. Der Kauf ist nämlich ein contractus consensualis, d. h. er ist als abgeschlossen und gültig zu betrachten, so wie beyde Theile ihre Einwilligung erklärt haben. Ist dieß geschehen, so ist hinsichtlich der verkauften Sache der titulus vorhanden, d. h. der Käufer hat zwar noch nicht das Eigenthum an der ihm verkauften Sache erworben, wohl aber ein persönliches Recht, aus welchem er mit der actio emti gegen den Verkäufer auf Uebergabe der Sache klagen kann. Hat aber der Verkäufer, nach erhaltenem Kaufpreis, die Sache dem Käufer übergeben, so ist der letztere hierdurch Eigenthümer derselben geworden, so daß hier die traditio als modus betrachtet werden muß. Doch brauchen diese beyden Handlungen, wie oben erwähnt wurde, der Zeit nach, nicht getrennt zu seyn, was besonders beym Waarenkaufe vorkommt, bey welchem gewöhnlich die Bezahlung des Kaufpreises und die Uebergabe der Sache zu gleicher Zeit erfolgen.

§. 410.

Erfordernisse der Erwerbungsarten.

Den modis adquirendi dominii sind folgende Erfordernisse vorgeschrieben:

1) die Person, welcher sie zu Statten kommen sollen, muß fähig seyn, Eigenthum zu erwerben. Darum sind ausgeschlossen: a. alle willenlose Personen, weil ihnen kein animus rem sibi habendi zugeschrieben werden kann. Aus diesem Grunde erwerben die mente capti und infantes das Eigenthum nicht persönlich, sondern nur durch ihre Curatoren und Vormünder: L. 32. §. 2. D. *de Adquir. vel am. poss.* — L. 1. §. 3. D.

eod., b. Die, welche überhaupt nicht rechtsfähig sind, z. B. die collegia illicita, diejenigen Gesellschaften, welche der Staat nicht anerkennt: L. 1. pr. u. §. 1. D. *Quod cuiuscumq. vniu. nom.* und c. solche Personen, welche, kraft eines gesetzlichen Verbotes, das Eigenthum einer bestimmten Sache nicht erwerben dürfen, wie z. B. nach R. R. die Juden, Heyden und Ketzer keine Christensclaven in ihr Eigenthum bringen konnten: L. 1. C. *Ne christ. mancip.*,

2) die Sache, deren Eigenthum erworben werden soll, muß sich in commercio befinden können, weshalb es z. B. an rebus communibus kein Eigenthum giebt: §. 1. Inst. *de Rer. diuis.* und

3) in der Regel kann das Eigenthum nicht anders erworben werden, als wenn die Besitzergreifung Statt findet. Doch giebt es von dieser Regel eine wichtige Ausnahme, kraft welcher das Eigenthum auch schon dann als erworben betrachtet wird, wenn keine Apprehension erfolgt ist. Diese Ausnahme wird transitus dominii *legalis* genannt, weil sich hier die Erwerbung unmittelbar auf das Gesetz stützt, ohne daß es von Seiten des Erwerbers noch einer besondern Handlung bedarf. Dieß kommt bey allen letzten Willen vor, durch welche Jemandem eine bestimmte, körperliche Sache hinterlassen worden ist, so daß z. B. der Legatar ipso iure Eigenthümer des ihm vom Erblasser vermachten Hauses wird: §. 16. Inst. *de Legat.* Ein solcher gesetzlicher Uebergang kommt auch den willenlosen Personen, wie den infantibus und mente captis, zu Statten, welche das Eigenthum eines Legates oder der körperlichen in einer Erbschaft enthaltenen Gegenstände auch ohne ihr Wissen und ohne Beytritt oder Mitwirkung ihres Vormundes oder Curators erwerben: §. 3. Inst. *de Heredit. quae ab intest.* Aber dieser transitus dominii legalis ist nicht auf letzte Willen beschränkt, er zeigt sich auch in andern Rechtsverhältnissen, z. B. bey Adjudicationen, bey Confiscationen, welche wegen Zolldefraudationen eintreten, so wie auch als Folge der zweyten Ehe. (§. 303.)

§. 411.

Uebersicht der Erwerbungsarten.

Die modi adquirendi dominii des R. R. sind so mannigfaltig und von so verschiedener Natur, daß eine tabellarische Uebersicht derselben einigen Nutzen gewähren dürfte. Sie sind nämlich

I. Iuris naturalis:

A. *originarii*: quibus quis absque facto alterius dominium adquirere potest:

1. *occupatio*;
   - a. venatio (piscatio, aucupium),
   - b. occupatio bellica,
   - c. occupatio rerum immobilium,
   - d. inuentio.
2. *accessio naturalis*:
   - a. foetura,
   - b. insula in flumine nata,
   - c. alueus derelictus,
   - d. alluuio,
   - e. vis fluminis.
3. *accessio mixta*:
   - a. satio,
   - b. plantatio,
   - c. fructuum perceptio.

B. *deriuatiui*: quibus quis dominium ab alio domino deducit.

1. *accessio industrialis*:
   - a. adiunctio:
     - α. inclusio,
     - β. adferruminatio,
     - γ. adplumbatura,
     - δ. intextura,
     - ε. inaedificatio,
     - ζ. scriptura,
     - η. pictura.
   - b. confusio.
2. specificatio.
3. traditio.

II. Iuris ciuilis:

A. *vniuersales*: quibus dominium omnium rerum corporalium vniuersitate iuris comprehensarum adquiri potest:

1. hereditas,
2. bonorum possessio,
3. arrogatio,

4. ex SC. Claudiano,
5. sectio bonorum,
6. addictio bonorum libertatum seruandarum caussa,
7. in manum conuentio.

B. *singulares*: quibus tantummodo rei singularis dominium adquiri potest:

1. donatio,
2. vsucapio s. praescriptio adquisitiua translatiua,
3. legatum,
4. fideicommissum singulare,
5. mortis caussa capio,
6. adiudicatio,
7. emtio sub corona,
8. mancipatio,
9. in iure cessio.

Ueber die modos adquirendi dominii iuris ciuilis ist hier noch besonders zu bemerken, daß heut zu Tage von den vniuersalibus nur die hereditas und von den singularibus nur die unter 2—6. übrig bleiben.

§. 412.

Einzelne Erwerbungsarten:

1. Occupatio.

Occupatio: adprehensio *rei nullius* cum animo eam sibi habendi coniuncta: L. 3. pr. D. *de Adquir. rer. dom.*

Der titulus, auf welchem die occupatio beruht, ist die in dem angeführten Gesetze ausgesprochene Regel: res nullius cedit primo occupanti.

Die verschiedenen Gestalten aber, unter welchen die occupatio vorkommen kann, sind:

a. Venatio. Unter dieser versteht man im weitern Sinne die Occupation lebendiger res nullius, also nicht bloß die eigentliche Jagd, sondern auch den Fisch- und Vogelfang: L. 3. §. 1. D. *eod.* und §. 12. Inst. *de Rer. diuis.*, nur wird vorausgesetzt, daß sich diese Thiere in der natürlichen Freyheit befinden und daß die wirkliche Besitzergreifung Statt gefunden hat: §. 12. *cit.*, weshalb denn das bloße Anschießen eines Wildes zum Begriffe der occupatio keineswegs hinreicht: §. 13.

in fin. Inst. *eod.* — Da nun die ferae nach R. R. unbedingt res nullius sind, so war auch das Jagdrecht bey den Römern völlig unbeschränkt, so daß es einem Jeden frey stand, wilde Thiere zu fangen oder zu erlegen, er mochte sich auf eigenem oder auf fremdem Grund und Boden befinden: L. 3. §. 1. D. *de Adquir. rer. dom.* Nun konnte zwar der Eigenthümer eines Grundstückes sich das auf demselben befindliche Wild dadurch zu erhalten suchen, daß er Dem, welcher es verfolgte, das Betreten seines Grundstückes untersagte: §. 1. *cit.*, auch, wenn Derselbe dennoch den Eintritt erzwungen und Wild erlegt hatte, ein possessorisches Interdict gegen ihn anstellen, aber das Recht der Occupation wurde geschützt, indem das erlegte Wild dem Occupanten verblieb: §. 12. Inst. *de Rer. diuis.* In dieser Stelle wird aber ausdrücklich hinzugefügt, daß, wenn das Thier, dessen sich der Occupant bereits bemächtigt hatte, seine natürliche Freyheit wieder erlangt, das Eigenthum des Occupanten aufhört, das Thier selbst aber wieder eine res nullius wird und nun auf's Neue von einem Jeden occupirt werden kann.

Heut zu Tage treten in Deutschland über das Jagdrecht andere Grundsätze ein, weil dasselbe zu den Regalien gehört und daher von einzelnen Staatsbürgern nur durch Belehnung, Privilegium oder Verjährung erworben werden kann. Hieraus geht aber auch zugleich hervor, daß die ferae heut zu Tage keine res nullius sind.

b. Occupatio bellica (Beute). Hierher gehört Alles, was der einzelne Krieger dem einzelnen entreißt, so wie nach R. R. die Kriegsgefangenen die Sclaven Desjenigen wurden, der sie zu Gefangenen gemacht hatte: §. 17. Inst. *eod.* Nach heutigem Völkerrechte kommen die Kriegsgefangenen niemals in die Gewalt der Einzelnen, sondern nur in die des feindlichen Staates. Auch ist von der Beute die Eroberung zu unterscheiden, unter welcher man alle diejenigen Gegenstände begreift, welche nicht in das Eigenthum einzelner feindlicher Krieger, sondern zum Vermögen des ganzen feindlichen Staates gehören.

c. Occupatio rerum immobilium. Diese wird auch zuweilen occupatio im engern Sinne genannt und bezieht sich theils auf Gebäude, welche von ihrem Eigenthümer verlassen worden sind, theils und besonders auf Aecker oder Felder, welche entweder niemals einen Eigenthümer gehabt haben: L. 7. §. 3. D. *de Adquir. rer. dom.*, oder von diesem derelinquirt worden sind: L. 1.

D. *Pro derelicto.* Wer aber einen fundus als derelictus durch Occupation in sein Eigenthum bringen will, muß bestimmt wissen, daß der bisherige Eigenthümer den Besitz des Grundstückes in der Absicht aufgegeben habe, das letztere nicht ferner eigenthümlich zu behalten: L. 2. D. *eod.*

d. Inuentio. Diese bildet den Gegensatz der venatio, indem sie sich auf bewegliche res nullius bezieht, welche leblos sind: §. 18. Inst. *de Rer. diuis.* in Verb. mit §. 47. *eod.* Es versteht sich von selbst, daß die res *deperditae* hierauf eben so wenig bezogen werden können: L. 43. §. 4. D. *de Furt.*, als die, deren Besitz aus Noth aufgegeben worden ist, wie z. B. in Seegefahr: §. 47. u. 48. Inst. *de Rer. diuis.*

Das wichtigste Beyspiel für die inuentio ist aber der *Thesaurus* (Schatz): res mobilis pretiosa in loco abscondito reperta, de cuius domino memoria non exstat: L. 31. §. 1. D. *de Adquir. rer. dom.* — Die inuentio thesauri ist aber als modus adquirendi dominii bedeutend modificirt, weil auch eine andere Erwerbungsart hinzutreten kann, nämlich die accessio. Hierüber gelten folgende Grundsätze:

1) wer auf fremdem Grund und Boden oder in einer fremden beweglichen Sache zufällig einen Schatz gefunden hat, bekommt iure *inuentionis* nur die Hälfte desselben, weil die andere Hälfte dem Eigenthümer des Grundstückes oder der beweglichen Sache iure *accessionis* zufällt: §. 39. Inst. *de Rer. diuis.*

2) wer aber auf fremdem Grund und Boden nach einem Schatze gegraben, also denselben vorsätzlich gesucht hat, bekommt von dem Schatze gar nichts, er möge dieß nun ohne Vorwissen des Eigenthümers von Grund und Boden, oder in dessen Auftrag gethan haben, vielmehr erhält in diesem Falle der Eigenthümer des Grundstückes iure *accessionis* den Schatz ganz allein: L. vn. C. *de Thesaur.* Hieraus geht hervor, daß ein Arbeiter, welchen der Eigenthümer eines Grundstückes zum Schatzgraben gedungen hat, wenn auch der Schatz gefunden wird, nichts, als seinen Arbeitslohn verlangen kann;

3) wer auf eigenem Grund und Boden oder in einer eigenen beweglichen Sache oder auch in einer res nullius einen Schatz gefunden hat, wird durch die inuentio voller Eigenthümer des ganzen Schatzes: §. 39. Inst. *de Rer. diuis.*, er mag nun den letztern gesucht, oder nur zufällig gefunden haben: L. vn. C. *de*

Thesaur., dafern er nur zu Auffindung des Schatzes sich keiner abergläubischen und verbotenen Ceremonieen bedient hat, denn wenn dieses Statt gefunden hat, fällt der ganze Schatz dem Fiscus zu: L. vn. *cit.*

§. 413.

2. Accessio.

a. naturalis.

Accessio: modus adquirendi dominii in re, quae nostrae rei *extrinsecus* iungitur. Diese wird in naturalem, ciuilem und mixtam eingetheilt.

Accessio naturalis: quae soli *naturae* beneficio debetur. Hierher gehören folgende einzelne Gattungen:

α. Foetura, mittelst welcher die Jungen, welche vom Mutterthiere fallen, dem Eigenthümer des letztern angehören. Daher die Regel: partus sequitur ventrem: §. 19. Inst. *de Rer. diuis.*

β. Insula in flumine nata. Hier wird stets ein öffentlicher Fluß (flumen publicum), also ein solcher vorausgesetzt, welcher sich nicht im Eigenthume einer bestimmten Person befindet: L. 3. D. *de Fluminib.* und L. 1. §. 3. D. *eod.*, obwohl die sogenannten flumina *priuata* wohl schwerlich als Flüsse, sondern nur als Bäche, Canäle rc. zu betrachten seyn dürften. Wenn nun auf einem öffentlichen Flusse eine Insel entsteht, so fällt das Eigenthum derselben den Eigenthümern derjenigen Grundstücke zu, welche an den Ufern des Flusses liegen, dergestalt, daß man den Fluß, der Länge nach, in zwey gleiche Hälften theilt und daß nun die Insel entweder den Ansässigen beyder Ufer, oder nur denen des einen oder andern nach der Breite ihrer Grundstücke zufällt, jenachdem sich das Erdreich der Insel über die Hälfte des Flusses hinaus erstreckt, oder bloß innerhalb derselben liegt: §. 22. Inst. *de Rer. diuis.* Heut zu Tage fällt eine solche Insel gewöhnlich dem Fiscus zu.

γ. Alueus derelictus, ein verlassenes Flußbette, über welches dieselben Grundsätze, wie unter *β*. gelten, nur mit dem Unterschiede, daß hier stets die Grundbesitzer an beyden Ufern nach der Breite ihrer Grundstücke einen verhältnißmäßigen Anspruch haben: §. 23. Inst. *eod.*

δ. Alluuio, das neue Erdreich, welches sich durch fortwährendes Anspühlen des Wassers nach und nach aus Schlamm gebildet

hat und dem Eigenthümer desjenigen Grundstückes zufällt, mit welchem es verbunden worden ist: L. 7. §. 1. D. *de Adquir. rer. dom.* Endlich

ε. Vis fluminis. Hierunter ist ein Stück Erdreich zu verstehen, welches durch die Gewalt des Wassers von einem Grundstücke im Ganzen abgerissen und an ein anderes angeworfen worden ist. Soll jedoch der Eigenthümer des letztern auch Eigenthümer der vis fluminis werden, so wird vorausgesetzt, daß diese an dem Grundstücke, an welches sie angeworfen wurde, bereits eingewurzelt sey, denn außerdem kann sie von ihrem Eigenthümer vindicirt werden: §. 21. Inst. *de Rer. diuis.*

§. 414.

b. Accessio industrialis.

Accessio industrialis: quae solo ex facto humano proficiscitur. Diese umfaßt folgende einzelne Gattungen:

α. Adiunctio: accessio industrialis, qua duae pluresue res ita coniunguntur, vt singulae oculis adhuc discerni possint. Hierher gehören

1) inclusio: das Einfassen eines Edelsteines in Metall: L. 19. §. 13. D. *de Auro arg. leg.*,

2) adferruminatio: das Anschweißen, nämlich die Verbindung zweyer Metalle durch die Stichflamme, so daß es zu dieser Vereinigung keines dritten Metalles bedarf: L. 27. pr. D. *de Adquir. rer. dom.*,

3) adplumbatura: das Anlöthen, welches so geschieht, daß zwey Metalle durch ein drittes (gewöhnlich Bley) mit einander verbunden werden: L. 27. *cit.*,

4) intextura: das Einweben fremder Stoffe in irgend ein Zeuch: §. 26. Inst. *de Rer. diuis.*,

5) inaedificatio: das Bauen auf fremdem Grund und Boden, oder das Bauen mit fremden Materialien auf eigenem Grund und Boden: §. 29. Inst. *eod.*,

6) scriptura: das Schreiben auf fremdes Pergament oder Papier: L. 9. §. 1. D. *de Adquir. rer. dom.* und

7) pictura: das Malen auf fremde Stoffe: L. 9. §. 2. D. *eod.*

Ueber die adiunctio sind nun folgende Grundsätze zu merken:

1) Bey der Frage, wer durch die adiunctio Eigenthümer werde, entscheidet die Regel: res accessoria sequitur principalem: L. 17. D. *de Act. emt. et vend.* L. 26. §. 1. D. *de Adquir. rer. dom.* und §. 26. Inst. *de Rer. diuis.*

2) Der Begriff der res principalis richtet sich in der Regel nach dem höhern Werthe, welchen die eine oder die andere Sache hat: §. 34. Inst. *eod.* Nur treten hier noch folgende Modificationen ein:

a. durch die scriptura wird der Eigenthümer des Materials auch Eigenthümer des darauf niedergelegten Geistesproductes: §. 33. Inst. *eod.*

b. bey der inaedificatio wird der höhere Werth stets dem Grundstücke zugeschrieben: §. 29. u. 30. Inst. *eod.* und

c. durch intextura wird der Eigenthümer des Zeuches auch Eigenthümer des eingewebten Stoffes, wenn auch der letztere kostbarer ist, als jenes: §. 26. Inst. *eod.*

3) Lassen sich die verbundenen Gegenstände, ohne denselben zu schaden, noch trennen, so kann Derjenige, ohne dessen Wissen oder wider dessen Willen die adiunctio geschehen ist, die Trennung verlangen: L. 23. §. 5. D. *de Rei vind.*

4) Ist aber die Trennung nicht mehr möglich, so wird der Eigenthümer der res principalis unwiderruflicher Eigenthümer der res accessoria, ohne Unterschied, ob er selbst, oder der Eigenthümer der res accessoria die adiunctio vorgenommen hat: L. 23. *cit.* §. 5. u. 6.

5) Die wichtigste Frage ist aber nun die, ob Derjenige, welchem durch Adjunction eine Sache entzogen worden ist, auf Entschädigung Anspruch machen könne? Hier ist zu unterscheiden, ob der Eigenthümer der res principalis die Adjunction vorgenommen habe, oder der Eigenthümer der res accessoria. Im erstern Falle war der adiungens entweder in *bona*, oder in *mala* fide, d. h. er glaubte entweder, daß die res accessoria ihm zugehöre, oder wußte, daß sie eine fremde sey. War er in bona fide, so braucht er nur insoweit Entschädigung zu leisten, als er durch die res adiuncta bereichert worden ist: L. 23. §. 4. u. 5. D. *de Rei vind.*, war er aber in mala fide, so muß er den Eigenthümer in jedem Falle vollständig entschädigen: §. 26. Inst. *de Rer. diuis.*— Im zweyten Falle, nämlich wenn der Eigenthümer der res accessoria die Adjunction vorgenommen hat, ist zwar ebenfalls

zwischen bona und mala fides zu unterscheiden, jedoch dergestalt, daß der adiungens, obwohl er in bona fide ist, nur dann zu seiner Entschädigung gelangen kann, wenn er sich noch im Besitze der fraglichen Sache befindet, denn in diesem Falle steht ihm das Retentionsrecht zu: §. 33. u. 34. Inst. *eod.* — Wenn sich aber der adiungens in mala fide befindet, so geht sein Eigenthum an der res accessoria gänzlich verloren, ohne daß ein Anspruch auf Entschädigung Statt findet: §. 30. Inst. *eod.*

β. Confusio: accessio industrialis, qua duae pluresue res liquidae ita coniunguntur, vt singulae oculis non amplius discerni queant. Hier ist ein doppelter Fall möglich:

1) sie ist mit Einwilligung der betreffenden Eigenthümer oder auch zufällig geschehen. Hier tritt der Begriff der communio ein, die Eigenthümer der verschiedenen Flüssigkeiten werden condomini und jeder derselben kann von der vereinigten Sache seinen Antheil verlangen, also durch Theilung die Gemeinschaft wieder aufheben: §. 27. Inst. *eod.* Dieser Fall kann also keinesweges als eine Accession angesehen werden;

2) sie ist ohne Wissen oder wider Willen des andern Eigenthümers geschehen und hier erwirbt Der, welcher die confusio vorgenommen hat, das Eigenthum des fremden Stoffes, muß aber den Eigenthümer des letzteren dafür entschädigen: L. 12. §. 1. D. *de Adquir. rer. dom.* In diesem Falle ist die confusio eine wirkliche Accession und nach den Grundsätzen zu beurtheilen, welche über die unten zu erklärende specificatio gelten: §. 25. Inst. *de Rer. diuis.*

Mit der confusio darf aber die commixtio nicht verwechselt werden, welche niemals unter den Accessionen begriffen werden kann. Sie ist nämlich die Vermischung trockener Stoffe, welche verschiedenen Eigenthümern gehören. Im Falle einer solchen Vermischung ist zu unterscheiden, ob die commixtio mit Einwilligung der betreffenden Eigenthümer geschah und dann findet wieder eine communio Statt, oder ob sie nur einseitig vorgenommen wurde. Hier entsteht die Frage, ob sich die verbundenen Stoffe wieder trennen lassen, oder nicht? Im erstern Falle wird die Trennung auf Antrag des andern Theiles vorgenommen, im letztern hingegen wird die Sache wieder res communis, an welcher jeder der Eigenthümer seinen Antheil empfängt, auf dessen Herausgabe er klagen kann: §. 28. Inst. *de Rer. diuis.* u. L. 5. §. 1. D. *de Rei vind.*

§. 415.

c. Accessio mixta.

Accessio mixta: quae per industriam hominum, sed auxilio naturae efficitur. Hierher gehören:

α. Satio: das Säen,

β. Plantatio: das Pflanzen.

Ueber beyde Gattungen der accessio mixta gilt der Grundsatz: quod solo inseritur vel implantatur, solo cedit: §. 31. u. 32. Inst. *de Rer. diuis.* nur mit dem Unterschiede, daß die Pflanzen nicht eher in das Eigenthum des Grundherrn übergehen, als wenn sie bereits Wurzel geschlagen haben: L. 7. §. 13. D. *de Adquir. rer. dom.*, die Saat hingegen, wenn sie einmal eingeworfen ist, nicht wieder zurückgenommen werden kann: L. 9. pr. D. *eod.* Bey diesen beyden Erwerbungsarten ist nun ein doppelter Fall möglich: 1) es säet oder pflanzt Jemand fremde Körner oder Gewächse auf eigenen Grund und Boden. Hier erwirbt er zwar das Eigenthum der letztern, muß aber den bisherigen Eigenthümer entschädigen: L. 5. §. 3. D. *de Rei vind.* 2) es säet oder pflanzt Jemand eigene Körner oder Gewächse auf fremden Grund und Boden. Hier ist er entweder in bona oder in mala fide, d. h. er hält sich entweder für den Eigenthümer des Grundstückes, oder er weiß, daß dasselbe ein fremdes sey. Im erstern Falle kann er allerdings auf Entschädigung antragen: L. 38. D. *eod.* Doch darf man hierbey nicht an den vsufructuarius oder an den Pachter eines Grundstückes denken, denn Beyde haben das Grundstück zu ihrer Benutzung erhalten. Im letztern Falle hingegen kann von einer Entschädigung niemals die Rede seyn: L. 11. C. *eod.*

γ. Fructuum perceptio. Diese ist nur dann als modus adquirendi dominii anzusehen, wenn sie von einem Nichteigenthümer vorgenommen worden ist. Denn der Eigenthümer einer res frugifera ist auch ipso iure Eigenthümer der Früchte, so wie dieselben zum Vorscheine gekommen sind, also schon der fructus *pendentes*, nämlich derjenigen, welche noch nicht von der Hauptsache getrennt sind. Der Eigenthümer der Sache bedarf also, um das Eigenthum der Früchte zu erwerben, nicht erst der fructuum perceptio. (§. 402.)

Die Nichteigenthümer aber, welchen die fructuum percep-

tio als modus adquirendi dominii zu Statten kommt, sind von doppelter Art:

1) solche, welche das ius *possidendi* haben. Hierher gehören a) der vsufructuarius: L. 36. Inst. *de Rer. diuis.*, b) Derjenige, welcher eine res frugifera vermittelst eines precarium besitzt, d. h. welchem die Benutzung einer Sache auf Widerruf zugestanden worden ist: L. 8. §. 4. in fin. D. *de Precar.*, c) der creditor pignoratitius antichreticus, nämlich derjenige Pfandgläubiger, welchem ausdrücklich oder stillschweigend das Recht eingeräumt worden ist, die Früchte der verpfändeten Sache statt der Zinsen zu beziehen: L. 11. §. 1. D. *de Pign.* und d) der Abmiether oder Pachter: §. 36. in fin. Inst. *de Rer. diuis.*

2) solche, welche das ius *possessionis* haben, jedoch nur insofern sie in bona fide sind. Dieß ist die fructuum perceptio im eigentlichen Sinne, welche man, wenn dieser Ausdruck vorkommt, im Zweifel zu verstehen hat. Die fructuum perceptio äußert sich aber auf folgende Weise: wenn Jemand eine fremde Sache in der Meynung besessen hat, daß er der Eigenthümer derselben sey, so hat er durch das factum perceptionis, nämlich dadurch, daß er die Früchte von der Hauptsache trennte, das Eigenthum der letztern erworben: L. 25. §. 1. D. *de Vsur.* Doch ist dieses Eigenthum zuweilen nur ein temporäres, nämlich wenn der Eigenthümer der Hauptsache die rei vindicatio anstellt und die Fruchte zu dieser Zeit noch in natura vorhanden sind (fructus *exstantes*). In diesem Falle muß der bonae fidei possessor die letztern (nicht aber die fructus *consumtos*, die er bereits aufgezehrt oder veräußert hat) zugleich mit der Hauptsache herausgeben: §. 35. Inst. *de Rer. diuis.* — Darum sagt auch die L. 48. pr. D. *de Adquir. rer. dom.* „bonae fidei emtor non dubie percipiendo *fructus* etiam ex aliena re *suos interim* facit.“ Anders verhält es sich mit dem malae fidei possessor, der nicht nur die fructus *exstantes*, sondern auch die fructus *consumtos* ersetzen muß: ibid.

§. 416.

3. Specificatio.

Specificatio: transmutatio alicuius materiae in nouam formam ita facta, vt pristina restitui nequeat.

Die specificatio kann nach der richtigern Meynung keineswegs zu den Accessionen gezählt werden, denn es findet hier keine

Verbindung zwischen zwey verschiedenen Körpern Statt, sondern nur die Umgestaltung einer einzigen Sache. Wenn nun der Begriff der specificatio eintreten soll, so wird erfordert:

1) daß der Stoff, welcher umgestaltet worden ist, sich nicht im Eigenthume des specificator befunden habe, denn außerdem würde hinsichtlich des Eigenthums keine Veränderung eintreten: L. 7. §. 7. D. *de Adquir. rer. dom.*

2) daß der specificator die Umgestaltung in der Absicht, Eigenthümer der umgestalteten Sache zu werden, vorgenommen habe. Wenn er also im Auftrage und im Namen Dessen handelte, welchem der Stoff gehörte, so bleibt das Eigenthum der umgestalteten Sache beym Eigenthümer des Stoffes: L. 25. D. *de Adquir. rer. dom.* und

3) daß es unmöglich ist, der res specificata ihre frühere Gestalt wieder zu geben: §. 25. Inst. *de Rer. diuis.*

Darauf aber, ob sich der specificator in bona oder mala fide befunden habe, kommt in Hinsicht auf die Erwerbung des Eigenthums gar nichts an: L. 9. §. 3. D. *Ad exhib.* u. §. 26. in fin. Inst. *de Rer. diuis.*

Nun ist zwar allerdings die allgemeine Regel anzunehmen, daß der specificator im Zweifel Eigenthümer der res specificata werde: §. 25. Inst. *eod.* Doch muß man bey Erzeugnissen der Kunst nach Analogie von §. 34. Inst. *eod.* wohl eine Modification dieser Regel annehmen und fragen, ob der Stoff der res specificata kostbarer sey, als die Form, oder ob das umgekehrte Verhältniß Statt finde. Im erstern Falle wird der dominus materiae auch Eigenthümer der res specificata bleiben, im letztern aber der specificator das Eigenthum erwerben, was sich außer der Malerey, welche in jener Gesetzstelle erwähnt wird, besonders auch auf die Bildhauerkunst beziehen läßt.

Es versteht sich aber von selbst, daß der specificator, welcher das Eigenthum der res specificata erworben hat, verbunden ist, dem dominus materiae Entschädigung zu leisten. Zu diesem Zwecke kann er, wenn er sich in mala fide befand, auf vollständigen Schadenersatz: L. 4. D. *de Rei vind.*, war er aber in bona fide, nur so weit in Anspruch genommen werden, als er durch die specificatio bereichert worden ist: L. 27. §. 14. in fin. D. *Ad leg. Aquil.*

§. 417.

4. Traditio.

Traditio: actus, quo res aliqua in alterum ita transfertur vt *dominus eius fiat*: §. 40. Inst. *de Rer. diuis.*

Diese Definition ist aber nur für gegenwärtige Lehre von der Erwerbung des Eigenthums anwendbar, denn in allen andern Rechtsverhältnissen hat sie folgenden Begriff: actus, quo res aliqua in alterum ita transfertur, vt *eam sibi habere possit.* Diese Schlußworte zeigen an, daß auf den Empfänger bloß die vacua rei possessio, nämlich der ungestörte Besitz einer Sache übergetragen werden soll, weil der tradens, z. B. der Verkäufer, sehr häufig selbst nicht weiß, ob er der wahre Eigenthümer der Sache sey, oder was dasselbe ist, ob er sie vom wahren Eigenthümer empfangen habe. In einem solchen Falle kann der tradens dem accipiens natürlich kein Eigenthum, sondern nur die vacua possessio gewähren, also nur versprechen, daß er ihm jeden Schaden ersetzen wolle, der ihm durch eine Störung seines Besitzes zugefügt würde. So sagt die L. 30. §. 1. D. *de Act. emt. et vend.* ausdrücklich: „quamuis alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, vt *rem emtori habere* liceat, non etiam, *vt eius faciat.*" Vgl. auch L. 3. pr. u. L. 11. §. 2. D. *eod.*

Aber die traditio, als modus adquirendi dominii, muß folgenden Erfordernissen entsprechen:

1) der tradens muß selbst der unbeschränkte Eigenthümer der Sache seyn, was aus Obigem hervorgeht, besonders aber das Recht zur Veräußerung haben: §. 2. Inst. *Quib. alien. lic.*

2) er muß die traditio wirklich in der Absicht vornehmen, das Eigenthum auf den Empfänger überzutragen: L. 9. §. 3. D. *de Adquir. rer. dom.*

3) der Empfänger muß fähig seyn, Eigenthum zu erwerben: L. 62. D. *eod.* in Verb. mit L. 49. §. 2. D. *de Legat. II.* und auch die wahre Absicht der Erwerbung haben: L. 55. D. *de Oblig. et act.*, obwohl diese Absicht auch durch Stellvertreter an den Tag gelegt werden kann: L. 20. §. 2. D. *de Adquir. rer. dom.*

4) der traditio selbst muß im juristischen Sinne stets ein titulus vorangehen, nämlich eine caussa ad transferendum dominium habilis, aus welcher sich die Verbindlichkeit des tradens zur Uebertragung

des Eigenthums von selbst ergiebt: L. 31. pr. D. *de Adquir rer. dom.*, also z. B. der Kauf, die Schenkung ꝛc.

Die traditio wird in veram und fictam eingetheilt und die letztere enthält drey Gattungen:

1) traditio symbolica, welche besonders bey Grundstücken vorkommt und bey praediis rusticis in Ueberreichung einer aus dem Grundstücke genommenen Erdscholle, bey praediis vrbanis aber in der Ueberreichung der Schlüssel zu bestehen pflegt, welches letztere auch bey beweglichen Sachen vorkommen kann, die sich in einem verschlossenen Behältnisse befinden: §. 45. Iust. *de Rer. diuis.*

2) *traditio breui manu facta*: quae fit possessori (§. 394.) und

3) *traditio longa manu facta*: quae fit per demonstrationem ex longinquo propter impedimentum naturale. (§. 393.) Diese kommt z. B. vor, wenn zwischen den concurrirenden Personen und dem zu übergebenden Grundstücke ein Strom fließt.

Die Eintheilung in veram und quasitraditionem (§. 395.) gehört nicht hierher, weil die letztere sich nicht auf das Eigenthum, sondern auf iura in re *aliena* bezieht.

§. 418.

5. Adiudicatio.

Bis hierher sind die modi adquirendi iuris naturalis erklärt worden. Was nun aber diejenigen betrifft, welche bloß auf dem positiven Gesetze beruhen und welche entweder vniuersales oder singulares sind, so bleibt heut zu Tage für die ersteren nur die hereditas übrig, von welcher ein Hauptabschnitt des R. Privatrechts handelt, für die letzteren hingegen nur noch: 1) legatum, 2) fideicommissum singulare, 3) mortis caussa donatio, 4) mortis caussa capio, 5) vsucapio und 6) adiudicatio. Die vier ersten werden zweckmäßiger in der Lehre von der Erbschaft erklärt und die vsucapio macht als eine größere, selbstständige Lehre den Gegenstand des folgenden Capitels aus.

Adiudicatio: actus, quo in iudiciis diuisoriis iudex alteri alteriue petenti dominium rei diuidendae adscribit.

Unter iudiciis diuisoriis sind solche Klagen zu verstehen, welche auf Theilung einer gemeinschaftlichen Sache angestellt werden, z. B. wenn ein Miteigenthümer gegen die übrigen

Miteigenthümer auf Auseinandersetzung klagt, welche Klage man actio communi diuidundo nennt.

Läßt sich nun die fragliche Sache in physische Theile trennen, welche von gleicher Beschaffenheit sind, so stellt sich die Art und Weise der Theilung von selbst dar und es bedarf keiner richterlichen Entscheidung: L. 1. C. *Comm. diuid.* Sind aber die physischen Theile nicht von gleicher Beschaffenheit, oder ist die gemeinschaftliche Sache physisch untheilbar, so muß der Richter, wenn sich die verschiedenen Theilhaber nicht vereinigen können, ex officio einschreiten und nach Maaßgabe der vorliegenden Umstände die Theilung selbst vornehmen. Hier können nun mehrere Wege eingeschlagen werden:

1) die Sache wird in mehrere physische Theile getrennt, welche nicht von gleicher Beschaffenheit sind, so daß der eine Theilhaber einen Vortheil vor dem andern hat. In diesem Falle wird Der, welcher im Vortheil steht, vom Richter angewiesen, eine gewisse Summe Geldes entweder auf einmal, oder jährlich herauszuzahlen: §. 5. Inst. *de Offic. iud.*, oder auch eine Servitut auf seinem Antheile zu dulden: L. 7. §. 1. *Comm. diuid.*,

2) es wird dem einen Theilhaber die ganze fragliche Sache zugesprochen, dergestalt, daß dieser die übrigen wegen ihrer Antheile mit Gelde abfindet: L. 1. u. 3. C. *eod.*,

3) wenn es dem Richter zweckmäßig scheint, kann er auch dem Vortheile der verschiedenen Theilhaber dadurch genügen, daß er dem einen die Proprietät, dem andern den lebenslänglichen Nießbrauch an der fraglichen Sache zuspricht: L. 6. §. 10. D. *eod.* und wenn alle diese Maaßregeln sich als ungeeignet erweisen, kann

4) die Sache versteigert und der Erlös unter die Interessenten verhältnißmäßig getheilt werden: L. 3. C. *eod.*

Wenn nun in einem dieser Fälle durch richterlichen Ausspruch dem einen oder andern Theilhaber eine res nec fungibilis entweder ganz oder zum Theile zufällt, so hat er das Eigenthum derselben durch adiudicatio erworben.

Drittes Capitel.

Von der Erwerbung des Eigenthums durch Verjährung.

§. 419.

I. Geschichtliche Einleitung.

Der Begriff der erwerbenden Verjährung des Eigenthums ist schon in den zwölf Tafeln begründet: „vsus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto", d. h. wer ein fremdes Grundstück iusto titulo und bona fide erworben und zwey Jahre, oder eine fremde bewegliche Sache unter denselben Erfordernissen an sich gebracht und ein Jahr lang ohne Störung besessen hatte, erlangte das unwiderrufliche Eigenthum an den erwähnten Gegenständen. Diese Erwerbungsart wurde auch von der spätern Röm. Gesetzgebung bestätigt, jedoch, in Betreff der Grundstücke die Bestimmung aufgestellt, daß nur praedia Italica, nicht aber die fundi prouinciales, der Verjährung unterworfen seyn sollten. Diesem Uebelstande suchte aber der Prätor dadurch einigermaaßen abzuhelfen, daß er demjenigen Nichteigenthümer, welcher sich eine lange Zeit (die wohl anfänglich der Prätor im vorkommenden Falle nach seinem Ermessen beurtheilte) in dem ungestörten Besitze eines fundus prouincialis befunden hatte, nun aber vom wahren Eigenthümer auf Herausgabe desselben belangt wurde, die Einrede des langen Besitzes oder der langen Zeit gestattete. Der Röm. Ausdruck für Einrede oder Ausflucht war aber damals: praescriptio, weshalb denn die Worte: praescriptio longi temporis nichts Anderes bedeuteten, als: exceptio longae possessionis. Später behielt man für diese so wichtige und erfolgreiche exceptio das Wort: praescriptio ausschließlich bey. Der Unterschied aber, welcher im Vorjustinianeischen Rechte zwischen der vsucapio und praescriptio obwaltete, bestand darin, daß man durch die vsucapio ein dominium *quiritarium* erwarb, mithin im Falle, daß der Besitz der Sache nach vollendeter vsucapio wiederum verloren ging, die rei vindicatio anstellen konnte, dahingegen aus der praescriptio nur ein dominium *bonitarium* entstand, kraft dessen der Besitzer, aber Nichteigenthümer eines fundus prouincialis sich gegen den wahren

Eigenthümer bloß durch eine exceptio in seinem Besitze schützen konnte, aber, wenn er den Besitz des Grundstückes auf irgend eine Weise wieder verloren hatte, dasselbe nicht vindiciren durfte.

Justinian hob diese Subtilität im Tit. C. *de Vsucapione transformanda* gänzlich auf und verordnete, daß die erwerbende Verjährung, von welcher hier die Rede ist, ohne Unterschied des Gegenstandes die Wirkung des unwiderruflichen Eigenthumes haben und also in jedem Falle die rei vindicatio hervorbringen solle, stellte auch zugleich die Zeit der Verjährung gesetzlich fest.

§. 420.

II. Begriff und Arten der Verjährung.

Weil nun aber das Eigenthum durch Verjährung erworben werden konnte, so gestaltete sich nach diesem Beyspiele auch die Möglichkeit, andere iura realia durch Verjährung zu erwerben, wie z. B. die Servituten, und hieraus folgte auch von der andern Seite, daß Rechte durch Verjährung eben so wohl verloren, als erworben werden konnten.

Das Resultat des Bisher gesagten ist, daß durch jede Art von Verjährung eine Aenderung oder Umgestaltung von Rechten hervorgebracht wird, daher folgender, allgemeiner Begriff der *praescriptio*: mutatio iurium, quae per lapsum temporis efficitur. — Die Rechte aber, welche durch die praescriptio umgestaltet werden, sind entweder vera oder putatiua. Jene sind Gegenstände der praescriptio *exstinctiua*, denn nur diejenigen Rechte können durch Verjährung erlöschen, welche wirklich existirt haben, diese aber sind nur der praescriptio *adquisitiua* unterworfen, durch welche sie in vera verwandelt werden. Hieraus ergiebt sich nun die Grundeintheilung der praescriptio in adquisitiuam und exstinctiuam.

Praescriptio adquisitiua (erwerbende Verjährung, Ersitzung): qua quis ius reale, quod nondum habuit, adipiscitur.

Praescriptio exstinctiua (die aufhebende Verjährung): qua quis iure reali vel personali, quo hactenus gauisus est, priuatur. (§. 192.).

Die praescriptio adquisitiua ist aber wieder von doppelter Art:

1) *translatiua*: qua plenum alicuius rei dominium adquiritur. Diese ist die eigentliche vsucapio, welche in den gegenwärtigen Zusammenhang gehört und von welcher es folgende Legaldefinition

giebt: adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti: L. 3. D. *de Vsurp.*

2) *constitutiua*: qua ius reale praeter dominium plenum adquiritur. Hierher gehören die emphyteusis, die superficies und die Servituten, niemals aber das Pfand- und Erbrecht.

Der Unterschied zwischen der praescriptio *translatiua* und *constitutiua* ist von der größten Wichtigkeit, weil diese beyden Gattungen zwey ganz abgesonderte Lehren bilden, was schon daraus hervorgeht, daß jede derselben hinsichtlich ihrer Erforderniße von der andern abweicht. Denn so ist namentlich zur praescriptio *constitutiua* weder ein iustus titulus, noch eine bona fides erforderlich, wie unten in der Lehre von den Servituten ausführlich erklärt werden soll.

Eine andere Haupteintheilung der praescriptio bezieht sich nur auf die Zeit, welche derselben von den Gesetzen vorgeschrieben ist, nämlich in ordinariam und extraordinariam.

Praescriptio ordinaria: quae lapsum temporis pro regula definiti requirit.

Praescriptio extraordinaria: quae per lapsum temporis ordinario longioris aut breuioris efficitur.

§. 421.

III. Impedimenta praescriptionis.

Impedimenta praescriptionis: caussae externae, legibus notatae, quae praescriptioni, alias validae, obstant. Vgl. §. 128. und §. 237.

Diese sind dreyfach:

1) Caussae dormientis praescriptionis, nämlich Ursachen, aus welchen, so lange das impedimentum dauert, die Verjährung entweder gar nicht anfangen, oder die bereits begonnene nicht fortgesetzt werden kann. Die praescriptio dormiens beruht auf dem Grundsatze: agere non valenti non currit praescriptio. Diese Regel deutet an, daß gegen Denjenigen, welcher seine Rechte nicht selbst verfolgen kann, keine Verjährung läuft, so lange er sich in einem solchen Zustande befindet: L. 1. D. *de Diuers. temporal. praescr.* Hier wird dieß mit den Worten ausgedrückt: experiundi potestatem non habere. Eine praescriptio dormiens findet aber Statt:

a. in Hinsicht auf den fundus dotalis, welchen der Ehemann während der Ehe veräußert hat. In diesem Falle kann die Verjährung erst nach aufgelöster Ehe beginnen, weil dann erst die Ehefrau im Stande ist, ihre Rechte zu verfolgen: L. 30. C. *de Iure dot.*,

b. in Beziehung auf die res pupillares, so lange die Vormundschaft dauert, vielmehr kann hier die Verjährung erst nach erlangter Volljährigkeit beginnen: L. 3. C. *Quib. non obiic. long. temp. praescr.* (§. 355.),

c. in Betreff derjenigen Sachen, welche zum peculium adventitium ordinarium gehören, so lange die väterliche Gewalt dauert: L. 1. C. *de Bon. matern.* und

d. während eines iustitium (Stillstandes der Rechtspflege), wie z. B. bey feindlichen Einfällen: c. 10. in fin. X. *de Praescr.* Die Zeit also, während welcher, außerordentlicher Weise, die Gerichtshöfe geschlossen gewesen sind, kann in die Verjährungszeit nicht mit eingerechnet werden.

2) *Vsurpatio*: interruptio praescriptionis. Diese ist entweder *naturalis*: quae per iacturam possessionis efficitur, denn hierdurch wird das wesentliche Erforderniß der Verjährung aufgehoben: L. 5. D. *de Vsurp.* oder *ciuilis*: quae salua possessione obtinet. Die ciuilis wird aber wieder in legalem und iudicialem eingetheilt:

a. *legalis*: quae ipsa lege immediate nititur. Diese kommt nämlich dann vor, wenn ein neues Gesetz erscheint, welches eine gewisse Gattung von Sachen dem Verkehre, mithin auch der Verjährung entzieht. Wer nun eine solche Sache bereits zu verjähren angefangen hatte, wird in der Verjährung dergestalt unterbrochen, daß er dieselbe weder fortsetzen, noch auf's Neue beginnen kann;

b. *iudicialis*: quae interueniente iudice efficitur. Diese wurde nach älterem R. R. durch die litis contestatio bewirkt, unter den Kaisern aber kam der Grundsatz auf, daß schon die bloße oblatio libelli dazu ausreichen sollte, bis Theodosius II. das ältere Recht wieder herstellte. Justinian schrieb jedoch keiner von beyden Handlungen diese Wirkung zu, sondern setzte fest, daß die Verjährung durch die insinuatio citationis (durch die dem Verjährenden behändigte, gerichtliche Ladung) unterbrochen werden solle: L. 3. C. *de Annal. except.*, nur den Fall ausgenommen, daß der Verjährende abwesend ist und ihm deshalb die Citation nicht

behändigt werden kann: L. 2. C. *eod.* Dieses Justinianeische Gesetz wurde auch durch das canonische Recht bestätigt: c. vlt. X. *de Praescr.* in Verb. mit c. 2. Clem. *Vt lite pend. nihil innou.* und beruht auch auf ganz richtiger Ansicht, da die Verjährung keinesweges zur Strafe der Nachlässigen, sondern zur Gewißheit des Eigenthums eingeführt ist. Diese letztere kann bey vorkommendem Zweifel nur durch richterliche Entscheidung festgestellt, eine solche aber nur nach vorgängigem Rechtsstreite gedacht werden und dieser nicht eher beginnen, als wenn der Verjährende davon in Kenntniß gesetzt wird, daß Jemand auf das Eigenthum der fraglichen Sache Anspruch mache.

Doch ist die Eintheilung der vsurpatio *ciuilis* in legalem und iudicialem keinesweges erschöpfend, denn sie kann auch erfolgen:

a. nach R. R. durch eine Protestation von Seiten Dessen, gegen welchen verjährt wird, wozu, wenn sie nicht beym Richter angebracht werden kann, schon eine schriftliche von drey Zeugen unterschriebene Erklärung hinreicht: L. 2. C. *de Annal. except.* und

b. nach canonischem Rechte: mala fides superueniens. Vgl. c. vlt. X. *de Praescr.*

3) Restitutio in integrum. Diese findet nach dem prätorischen Edicte dann Statt, wenn Der, gegen welchen verjährt worden ist, zum Besten des Staates abwesend war: §. 4. Inst. *de Actionib.* Ein Solcher kann sich nämlich nach seiner Rückkehr der actio Publiciana *rescissoria* bedienen. (§. 181.) Das ist aber wohl zu merken, daß Minderjährige zwar nach älterem R. R. gegen die Verjährung restituirt wurden: L. vii. C. *Si advers. vsuc.*, daß dieß aber keinesweges nach Justinianeischem Rechte der Fall ist, welches vielmehr gegen die Minderjährigen eine außerordentliche Verjährungszeit von 30 Jahren vorgeschrieben hat, wodurch die restitutio in integrum absorbirt wird: L. 5. C. *In quib. caus. in integr. rest. nec.* Dahingegen werden die oben (§. 178.) genannten, den Minderjährigen gleichgestellten Personen allerdings auch gegen die Verjährung restituirt.

IV. Erfordernisse der translativen Verjährung.

§. 422.

1. Iustus titulus:

a. Begriff und rechtliche Natur.

Die translative Verjährung, von welcher in der Lehre vom Eigenthume allein die Rede seyn kann, muß unbedingt fünf Erfordernissen entsprechen: 1) iustus titulus, 2) bona fides, 3) res vsucapioni obnoxia, 4) continua possessio und 5) lapsus temporis legitimi. Zu diesen fünf Erfordernissen tritt in einem gewissen, gleich zu erklärenden Falle noch ein sechstes: scientia eius, contra quem praescribitur, d. h. Derjenige, gegen welchen verjährt wird, also der Eigenthümer, muß gewußt haben, daß sich seine Sache in dem Besitze des Verjährenden befinde. Dieses sechste Erforderniß findet nämlich dann Statt, wenn der Verjährende, welcher, wie sich von selbst versteht, ein bonae fidei possessor seyn muß, die fragliche Sache von einem malae fidei possessor erworben hat. Doch wird in diesem Falle die scientia eius, contra quem praescribitur, nur insofern erfordert, als von der praescriptio *ordinaria* die Rede ist. Sie fällt daher weg, wenn der Verjährende die praescriptio *extraordinaria* für sich hat, d. h. wenn er 30 Jahre lang ungestört besessen hat: Nou. 119. c. 7.

Unter den unbedingten Erfordernissen der translativen Verjährung ist aber zuerst zu erklären:

Iustus titulus: caussa ad transferendum dominium habilis. Dieser ist ein von den Gesetzen bezeichneter Grund, aus welchem der Verjährende das Eigenthum der fraglichen Sache gleich im Augenblicke der Besitzergreifung erworben haben würde, wenn Derjenige, von welchem er die Erwerbung ableitet, selbst der Eigenthümer gewesen wäre: L. 24. C. *de Rei vind.* — Der iustus titulus muß aber, wenn er die Verjährung begründen soll, folgenden Erfordernissen genügen:

1) das Geschäft, auf welchem der titulus beruht, muß von den Gesetzen genehmigt seyn. Wenn also z. B. ein Ehegatte eine fremde Sache seinem Ehegatten geschenkt hat, so kann dieser dieselbe keineswegs durch Verjährung erwerben, weil es ihm an einem iustus titulus fehlt, indem Schenkungen unter Ehegatten durch

das Gesetz verboten sind: L. 1. §. 2. D. *Pro donato.* (Vgl. §. 297.)

2) das Geschäft darf sich nicht auf einen Irrthum gründen, weshalb der sogenannte titulus *erroneus* nicht zur Verjährung hilft. Ein solcher ist aber nur dann vorhanden, wenn der Irrthum

a. die Sache selbst betrifft. Es hat z. B. Jemand einen Kauf über ein bestimmtes Pferd geschlossen, aber aus Irrthum nicht dieses, sondern ein anderes bekommen, welches dem Verkäufer nicht eigenthümlich angehörte. Dieses Pferd kann der Käufer keinesweges durch Verjährung erwerben, weil das Geschäft nicht auf dasselbe gerichtet war: L. 2. §. 6. D. *Pro emtore,* und

b. die Person Desjenigen, von welchem der Verjährende die Sache erwirbt. Doch wird hier ein error *iuris* vorausgesetzt, so daß z. B. der Verjährende, welcher die Sache von einem pupillus, den er als solchen kennt, gekauft hat, in der Meynung steht, es könne ein pupillus auch ohne auctoritas tutoris eine gültige Veräußerung vornehmen. Hier kann der Käufer keinesweges verjähren: quia iuris error nulli prodest: L. 2. §. 15. D. *eod.*

Dieses Gesetz giebt zugleich ein Beyspiel, daß der error *facti,* welcher über die Person des Vorgängers obwaltet, kein Hinderniß der Verjährung ist. Es stellt nämlich den Fall auf, in welchem Jemand von einem pupillus ohne Wissen des Vormundes eine Sache gekauft, aber geglaubt hat, daß der Verkäufer volljährig sey. — Dagegen schadet der Irrthum, welcher den titulus selbst betrifft, der Verjährung nicht, wenn nur überhaupt ein iustus titulus existirt. Es ist also kein Mangel vorhanden, wenn z. B. der Erbe, welcher eine vom Testator begonnene Verjährung fortsetzt, in der Meynung steht, daß der Letztere die fragliche Sache geschenkt bekommen habe, obwohl er sie gekauft hatte: L. 31. §. 6. D. *de Vsurp.*

3) der titulus muß *irreuocabilis* seyn. Wenn also z. B. der Kauf unter einer conditio suspensiua eingegangen, dem Käufer aber die Sache übergeben worden war, so kann dieser, pendente conditione, nicht verjähren: L. 2. §. 2. D. *Pro emt.*

4) der titulus muß *singularis* seyn, d. h. er kann nur auf die Erwerbung des Eigenthums über eine einzelne, körperliche Sache gerichtet seyn, niemals aber eine vniuersitas iuris zum Gegenstande haben: §. vlt. Inst. *Per quas pers. cuiq. adquir.,* weshalb es denn unmöglich ist, durch Verjährung eine Erbschaft zu

erwerben, obwohl einzelne, körperliche Sachen, welche in einer Erbschaft enthalten sind, Gegenstände der Verjährung seyn können: L. 33. §. 1. D. *de Vsurp.*

5) Nemo caussam possessionis sibi mutare potest: L. 3. §. 19. D. *de Adquir. vel amitt. poss.* Diese wichtige Rechtsregel besagt, daß Niemand eine Sache verjähren könne, welche er zu einem andern Zwecke in seinen Besitz bekommen hat, als daß sie sein Eigenthum werden solle. So kann z. B. der Pfandgläubiger, der depositarius, commodatarius, colonus, vsufructuarius ꝛc. die ihm übergebene Sache niemals verjähren: L. 2. §. 1. D. *Pro herede.* Denn alle die genannten Personen besitzen nicht kraft einer caussa ad transferendum dominium habilis.

§. 423.

b. Einzelne Titel der Verjährung.

Die einzelnen Titel, auf welchen die translative Verjährung beruhen kann, sind folgende:

1) *titulus pro emtore*: quo nititur is, qui rem a nondomino emerat: L. 2. pr. D. *Pro emt.*,

2) *pro donato*: titulus ei competens, qui rem a nondomino sibi donatam accepit: L. 1. pr. D. *Pro don.*

3) *pro legato*: titulus, quo gaudet is, qui rem vel a *nondomino* sibi legatam adquisiuit, vel a *domino*, sed per legatum infirmum sibi relictam. Bey diesem Titel sind also zwey Fälle möglich: a) daß der Testator selbst nicht der Eigenthümer der vermachten Sache war und b) daß das Vermächtniß, durch welches der Testator über eine ihm eigenthümlich zugehörige Sache verfügte, keine rechtliche Gültigkeit hatte: L. 4. u. 9. D. *Pro legato*;

4) *pro derelicto*: titulus ei adsistens, qui rem a nondomino derelictam occupauit: L. 4. D. *Pro derel.* Nach Inhalt dieses Gesetzes ist es aber nicht nöthig, daß der Occupant wisse, von wem die Sache derelinquirt worden sey, es ist vielmehr hinreichend, wenn er nur glaubt, daß die Sache eine res derelicta sey;

5) *pro dote*: titulus, qui iuuat eum, cui res a constituente aliena dotis caussa illata fuerat: L. 1. D. *Pro dote.* Hier vollendet der Ehemann die Verjährung zum Besten seiner Frau;

6) *pro soluto*: titulus, quo vtitur creditor vel *verus*, cui debitor rem alienam, vel *putatiuus*, cui debitor putatiuus rem propriam

in solutum tradidit: L. 2. pr. D. *Pro emt.* — L. 46. u. 48. D. *de Vsurp.* Hier kann also ein doppelter Fall eintreten: a) der wirkliche Schuldner übergiebt dem wirklichen Gläubiger eine Sache, welche nicht sein gehört, an Zahlungsstatt, oder der vermeyntliche Schuldner übergiebt dem vermeyntlichen Gläubiger eine eigene Sache, zu deren Uebergabe er aber nicht verbunden war;

7) *pro herede*: titulus, quo nititur heres *putatiuus*, qui rem hereditariam *singularem* a testatore alienam possidet: L. 33. §. 1. D. *de Vsurp.* Zu diesem Titel wird erfordert: a) daß der Verjährende sich für den Erben halte, obwohl er es nicht ist. Denn der wirkliche Erbe setzt die Verjährung, welche der Testator begonnen hatte, unter demselben Titel fort, der dem Testator zur Seite stand, b) daß der Gegenstand eine einzelne, körperliche Sache sey, welche sich in der Erbschaft befindet und c) daß diese Sache dem Testator nicht eigenthümlich zugehörte. Endlich

8) *pro suo*: quo interueniente dominium bonitarium in quiritarium transmutatur. Dieser Begriff gehört, wie aus der Definition hervorgeht, ursprünglich nur dem ältern R. R. an und bezieht sich unmittelbar auf den Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi. Jene konnten bekanntlich durch bloße Uebergabe nicht in dominium quiritarium, sondern nur in bonitarium übergehen. Hatte nun z. B. Jemand eine res mancipi (ein Grundstück, einen Sclaven rc.) gekauft, aber durch bloße Uebergabe (also nicht durch mancipatio oder einen andern modus ciuilis) in seinen Besitz bekommen, so wurde, wenn er diesen Besitz während der gesetzlichen Verjährungszeit ungestört fortgesetzt hatte, sein bisheriges dominium bonitarium in ein quiritarium verwandelt und der Titel dieser Verjährung wurde titulus pro suo genannt. — Da aber durch das neuere R. R. jene Verschiedenheit der Sachen und des Eigenthums gänzlich aufgehoben wurde, so gab man dem titulus *pro suo* einen andern und zwar folgenden, ganz allgemeinen Begriff: quilibet iustus titulus vsucapionis. Hierunter sind nicht nur die sämmtlichen, bisher erklärten Usucapionstitel: L. 1. u. 3. D. *Pro suo*, sondern auch alle Fälle zu begreifen, in welchen zwar die Verjährung zulässig, aber kein besonderer Name für den Titel derselben vorhanden ist: L. 4. §. 1. u. 2. D. *eod.* u. L. 67. D. *de Iure dot.*

Keineswegeṡ aber gehört zu den Titeln der Verjährung der sogenannte titulus *pro possessore*. Dieser ist gar kein Titel,

sondern bezieht sich nur auf die possessio *naturalis*, so daß er jedem detentor zugeschrieben wird, qui possidet, quoniam possidet, d. h. welcher keinen rechtmäßigen Grund für seinen Besitz anzugeben vermag: L. 2. §. 1. u. 2. D. *Pro herede.*

§. 424.

2. Bona fides.

Bona fides: opinio dominii. Der Verjährende muß in der Meynung stehen, daß er eine res nullius oder die Sache von einem Eigenthümer erworben habe, daß er also selbst der Eigenthümer der fraglichen Sache geworden sey: L. 109. D. *de V. S.* Doch ist hier der Grundsatz des R. R. zu merken: mala fides superueniens non nocet: L. vn. C. *de Vsuc. transform.* L. 15. §. 3. D. *de Vsurp.* u. L. 48. §. 1. D. *de Adquir. rer. dom.* Diese Regel besagt, daß es nach R. R. hinreichend ist, wenn sich nur der Verjährende zu Anfange der Verjährung in bona fide befunden hat. Der Anfang der Verjährung ist aber der Augenblick, zu welchem der Verjährende in den Besitz der Sache gekommen ist, ohne welchen eine adquisitive Verjährung nicht gedacht werden kann. — Die entgegengesetzte Regel, welche heut zu Tage in Deutschland gilt, wurde durch das canonische Recht eingeführt: c. vlt. (20.) X. *de Praescr.* In diesem Gesetze sind die merkwürdigen Worte enthalten: „oportet, vt, qui praescribit, *in nulla temporis parte* rei habeat conscientiam alienae“ und als Grund dieser Sanction wird angegeben: „quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est“. Nach heutigem Rechte wird also unbedingt die bona fides *continua* zur translativen Verjährung erfordert, doch hat stets der Vindicant den Mangel derselben zu beweisen, weil die bona fides bey jedem Staatsbürger vorausgesetzt werden muß.

§. 425.

3. Res vsucapioni obnoxia.

Diejenigen Sachen, welche sich nicht im Verkehre befinden (res commercio exemtae), können nicht Gegenstände der Verjährung seyn: §. 1. u. 2. Inst. *de Vsucap.* Darum sind folgende Sachen von der Verjährung ausgeschlossen: 1) res communes, welche schon ihrer Natur nach keinen ausschließlichen Besitz zulassen: pr. u. §. 1. Inst. *de Rer. diuis.* 2) res publicae im engern Sinne, wohin alle Sachen zu rechnen sind, welche dem Fiscus

angehören: §. 9. Inst. *de Vsucap.* 3) res dominicae, alle Gegenstände, welche das Vermögen des Landesherrn ausmachen: L. 2. C. *Ne rei domin. vind.* 4) res diuini iuris und Grundstücke der Kirchen und milden Stiftungen: Nou. 111. 5) res vitiosae (vitio possessae). Unter diesen sind alle gestohlene oder geraubte Sachen zu verstehen: §. 2. Inst. *de Vsucap.* — L. 4. §. 22 —25. D. *de Vsurp.*, es müßte denn der rechtmäßige Eigenthümer dieselben nach dem Diebstahle oder Raube wieder eine Zeit lang in seinem Besitze gehabt haben, in welchem Falle das vitium rei purgatum und die Verjährung allerdings zulässig ist: §. 8. Inst *de Vsucap.* Doch gilt dieß nur vom Eigenthümer, nicht von einem andern rechtmäßigen Besitzer, z. B. einem Pfandgläubiger oder commodatarius, welchem die Sache entzogen worden ist: L. 4. §. 6. D. *de Vsurp.* — 6) res pupillares: L. 3. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.* 7) res dotales, so lange die Ehe noch besteht: L. 30. C. *de Iure dot.* 8) das peculium aduentitium ordinarium, so lange die väterliche Gewalt dauert: L. 1. C. *de Bon. matern.* — Denn in Bezug auf dieses peculium, so wie auf die res pupillares und dotales schläft die Verjährung. (§. 421.) 9) Gegenstände, deren Veräußerung vom Testator untersagt worden ist: L. 3. §. 3. C. Comm. *de legat.* u. L. 2. C. *de Vsuc. pro emt.* und 10) alle Sachen, welche von einem malae fidei possessor veräußert worden sind, dafern nicht dem Verjährenden die scientia eius, contra quem praescribitur, zur Seite steht: Nou. 119. c. 7. (§. 422.)

Diese sämmtlichen Gegenstände sind in der Regel der Verjährung nicht unterworfen. Doch ist dieß, die res communes ausgenommen, welche sich überhaupt nicht im Eigenthum befinden können, nicht so zu verstehen, als ob sie überhaupt niemals und unter keiner Bedingung verjährt werden könnten, das Verbot bezieht sich vielmehr bloß auf die ordentliche Verjährung, woraus denn hervorgeht, daß alle die erwähnten Sachen durch außerordentliche Verjährung von 30 und 40 Jahren erworben werden können, wie unten näher erörtert werden soll.

§. 426.

4. Continua possessio.

Der, welcher sich auf Verjährung berufen will, muß sich im ununterbrochenen Besitze der fraglichen Sache befunden haben (§.

421.) Doch statuiren die Gesetze eine possessio continua auch dann, wenn sich die Person des Besitzers geändert hat, weil sie gestatten, daß der Nachfolger die von seinem Vorgänger (auctor) begonnene Verjährung fortsetze: L. 14. D. *de Diuers. temporal. praescr.* Dieses Verhältniß wird in den Quellen *accessio possessionis* genannt: continuatio praescriptionis ab antecessore coeptae. Hier ist aber zu unterscheiden, ob der Nachfolger des Verjährenden ein successor *vniuersalis* (Erbe), oder *singularis* (z. B. ein Käufer) sey. Im erstern Falle geht nach R. R. sowohl der titulus, als die bona fides auf den Erben über, dergestalt, daß dieser für seine Person in mala fide seyn und dennoch die Verjährung fortsetzen kann: L. 2. §. 19. D. *Pro emt.* Nach canonischem Rechte aber muß der Erbe auch für seine Person in bona fide seyn, wenn er die vom Testator begonnene Verjährung fortsetzen will: arg. c. vlt. X. *de Praescr.* Im zweyten Falle aber, also, wenn der successor ein singularis ist, muß dieser auch nach R. R. sowohl seinen besondern Titel haben, als auch für seine Person in bona fide seyn: L. 5. pr. D. *de Diuers. temporal. praescr.*

§. 427.

5. Tempus legitimum.

Justinian hat, wie bereits oben (§. 419.) gesagt worden ist, die Zeit der Verjährung in der L. vn. C. *de Vsucap. transform.* gesetzlich festgestellt. Man kann nämlich res *mobiles* in drey Jahren und res *immobiles* (Grundstücke) und res *incorporales* (dingliche Rechte) in zehn Jahren (inter praesentes) und in zwanzig Jahren (inter absentes) durch Verjährung erwerben. Und dieß ist die praescriptio ordinaria. Der Ausdruck: inter absentes bezeichnet hier die absentia *ordinaria*, d. h. daß Der, gegen welchen verjährt wird, sein domicilium in einer andern Provinz hat, als in welcher das Grundstück gelegen ist: L. 12. C. *de Praescr. long. temp.* (§. 125.) Heut zu Tage versteht man dieß von dem Falle, daß die Interessenten ihr domicilium unter verschiedener Gerichtsbarkeit haben. Wenn nun aber dieselben während der Verjährung eine Zeit lang in einer Provinz, eine Zeit lang aber in verschiedenen Provinzen gewohnt haben, also theils praesentes, theils absentes gewesen sind, so entsteht der Begriff des tempus *mixtum*, welches man auf eine doppelte Weise berechnen kann. Man nimmt entweder

die Jahre der Abwesenheit halb und rechnet sie zu den wirklichen Jahren der Gegenwart und dann müssen, wenn die Verjährung vollendet seyn soll, wenigstens 10 Jahre herauskommen, oder man verdoppelt die Jahre der Gegenwart und rechnet sie zu den wirklichen Jahren der Abwesenheit und dann müssen wenigstens 20 Jahre herauskommen. Wenn z. B. die praesentia in 4 Jahren, die absentia aber in 6 Jahren bestanden hat, so ist die Verjährung keineswegs als vollendet anzunehmen, denn bey der ersten Berechnungsart kommen nur 7 (statt 10), bey der zweyten nur 14 (statt 20) Jahre heraus: Nou. 119. c. 8.

Der Ablauf der gesetzlichen Verjährungszeit hat das Eigenthümliche, daß, wenn es bey demselben nur noch auf einen Tag ankommt, die Regel eintritt: dies coeptus habetur pro completo: L. 15. pr. D. *de Diuers. temporal. praescr.* Hat also der Verjährende am letzten Tage der Verjährungszeit nur einen einzigen Augenblick besessen, so ist die Verjährung als vollendet zu betrachten.

Endlich ist beym Beweise der Verjährung nur der Anfang und das Ende derselben darzuthun, indem es dem Gegner obliegt, die Unterbrechung der Verjährung zu beweisen.

§. 428.

Praescriptio extraordinaria.

Die außerordentliche Verjährung kann, wenn sie eine translative ist, welche hierher allein gehört, stets nur eine längere, als die ordentliche, und zwar entweder eine dreyßigjährige oder eine vierzigjährige seyn: Tit. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.* Sie findet in Bezug auf solche Sachen Statt, welche der ordentlichen Verjährung nicht unterworfen sind.

1. Gegenstände der dreyßigjährigen Verjährung:

a. Sachen, welche ein bonae fidei possessor von einem malae fidei possessor erworben hat, es müßte denn die scientia eius, contra quem praescribitur, vorhanden seyn, in welchem Falle schon die ordentliche Verjährung hinreicht: Nou. 119. c. 7. (§. 422.)

b. res bona fide quidem, sed sine titulo possessae. Hier tritt nämlich der Ablauf der langen Zeit an die Stelle des titulus: L. 8. §. 1. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.*

c. res minorum *puberum*: L. vlt. C. *In quib. caus. in integr. rest. nec.*

d. peculium aduentitium ordinarium, welches der Vater veräußert hat: L. 1. C. *de Bon. matern.* in Verb. mit L. 8. §. 1. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.*

e. res vitiosae, es müßte denn das vitium purgatum seyn: §. 2. Inst. *de Vsucap.* — L. 4. §. 6. D. *de Vsurp.*

f. res dotales: L. 30. C. *de Iure dot.* und

g. diejenigen Gegenstände, deren Veräußerung vom Testator untersagt worden ist: L. 3. §. 3. C. *Comm. de legat.* u. L. 2. C. *de Vsuc. pro emt.*

2. Gegenstände der vierzigjährigen Verjährung:

a. patrimonium principis: L. vlt. C. *de Fund. patrim.* und nach Anologie dieses Gesetzes auch

b. res fiscales.

c. Grundstücke und dingliche Rechte der Kirchen und milden Stiftungen: Nou. 111. und

d. res litigiosae: L. 9. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.* Dieß ist nämlich so zu verstehen, daß über die fragliche Sache ein Proceß anhängig gewesen, aber liegen geblieben ist. Hier beginnt die Verjährung von der letzten processualischen Handlung, also von der Zeit an, seit welcher in dieser Angelegenheit keine von beyden Partheyen mehr vor Gericht erschienen ist.

Schlüßlich ist hier noch zu bemerken, daß die Römische Kirche von Justinian ein Privilegium empfieng, kraft dessen gegen dieselbe nur in 100 Jahren verjährt werden kann: Auth. *Quas actiones* C. *de SS. eccles.*

§. 429.

Praescriptio immemorialis.

Praescriptio immemorialis s. *indefinita* (unvordenkliche Verjährung): adminiculum iuris, quo quis tuetur possessionem, quae memoriam hominum excedit: L. 3. §. 4. D. *de Aqu. cott. et aest.* — L. 2. pr. D. *de Aqu. et aqu. pluu. arc. act.* — c. 1. in fin. *de Praescr. in VI.* — c. 26. X. *de V. S.* und Reichs-Abschied v. J. 1576. §. 105.

Die unvordenkliche Verjährung ist nur dann denkbar, wenn der Anfang des Besitzstandes schlechterdings nicht nachgewiesen werden

kann, Niemand aber sich zu erinnern vermag, daß es jemals anders gewesen sey. Darum können aber auch solche Sachen Gegenstände der Immemorial-Verjährung seyn, welche durch keine andere Verjährung erworben werden können, wie z. B. Regalien, geistliche Gerichtsbarkeit rc. indem hier das Recht oder der Rechtstitel durch die Länge der Zeit (vetustas) und durch den factischen Zustand während derselben ersetzt wird. So sagt die angeführte L. 3. §. 4. D. *de Aqu. coll.* „ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure *constituti loco* habetur". Jedoch versteht es sich von selbst, daß die Immemorial-Verjährung bey denjenigen Sachen nicht vorkommen kann, welche sich ihrer Natur nach nicht im ausschließlichen Besitze befinden können, wie die res *communes*.

Der Beweis der unvordenklichen Verjährung, über welchen besonders die L. 28. D. *de Probat.* nachzulesen ist, liegt allemal dem Verjährenden ob, welcher sich dabey besonders der Urkunden, der Zeugen und des Eidesantrages bedienen kann, des letztern jedoch nur insoweit, als von einem factum die Rede ist, dessen Constatirung zum Beweise beytragen kann. Was die Zeugen anlangt, so müssen dieselben, wie man gewöhnlich annimmt, von der Art seyn, daß sie, seit ihrer Pubertät, über eine Erfahrung von wenigstens 40 Jahren Rechenschaft geben können, müssen also wenigstens 54 Jahre alt seyn.

Viertes Capitel.

Von den Klagen, welche aus dem Eigenthume hervorgehen.

§. 430.

Uebersicht.

Aus dem Eigenthume entspringen sechs Klagen: 1) rei vindicatio, 2) Publiciana in rem actio, 3) actio Publiciana rescissoria, 4) actio negatoria, 5) actio finium regundorum und 6) actio communi diuidundo. Die actio negatoria wird zweckmäßiger in der Lehre von den Servituten abgehandelt, auf welche sie allein Bezug nimmt, obwohl ihr Ursprung lediglich im Eigenthume zu suchen ist. — Aber manche Rechtslehrer nennen als eine Eigen-

thumsklage auch noch die *actio ad exhibendum*: actio personalis in rem scripta, quam instituit is, cuius interest, rem aliquam mobilem *videre*, aduersus possessorem eius, vt ipsam ostendat: L. 3. §. 3. D. *Ad exhib.* Diese Klage geht keinesweges nur aus dem Eigenthume hervor: L. 3. *cit.* §. 1., sie steht vielmehr Jedem zu, welcher sein Interesse darthun kann, eine bewegliche Sache zu sehen: L. 2. u. L. 3. pr. D. *eod.* Sie wird daher nur auf Vorzeigung der fraglichen Sache gerichtet und im Falle, daß der Beklagte sich weigert, auf Schadenersatz: L. 3. §. 2. *eod.* Weil aber diese Klage in vielen Fällen eine Vorläuferin der rei vindicatio ist: L. 1. *eod.*, indem der Eigenthümer sich erst überzeugen will, ob sich der Beklagte wirklich im Besitze der zu vindicirenden Sache befinde, so wird sie auch gewöhnlich vom Eigenthümer als eine actio praeparatoria angestellt, kann jedoch eben so gut vom Pfandgläubiger, vsufructuarius und überhaupt von allen Denjenigen erhoben werden, welche sie auf irgend einen rechtlichen Grund stützen: L. 3. §. 1. in Verb. mit §. 11. *eod.*

§. 431.

1. Rei vindicatio.

a. Begriff und Eintheilung.

Rei vindicatio: actio realis, quae domino aduersus quemcumque tertium rei possessorem ad eam cum omni caussa restituendam competit: L. 1. pr. u. §. 1. u. 3. D. *de Rei vind.* — §. 1. in fin. Inst. *de Act.*

Die rei vindicatio ist entweder directa oder vtilis, jenachdem sie vom wahren und vollen Eigenthümer oder von einer andern Person angestellt wird.

Die rei vindicatio vtilis kommt nämlich in einem doppelten Falle vor:

1) wenn sie auf dem *dominium* vtile beruht und hier wird sie nach R. R. von dem emphyteuta und superficiarius gebraucht: L. 1. §. 1. D. *Si ager vectigal.*, heut zu Tage auch von dem Vasallen,

2) wenn zu Gunsten gewisser Personen die Rechtsregel eintritt: res succedit in locum pretii. Auf diese können sich aber berufen:

a. die Ehefrau: L. 55. D. *de Donat. int. vir. et vx.*,

b. Soldaten: L. 8. C. *de Rei vind.* und

c. Pupillen: L. 2. D. *Quando ex facto tutor.*

Denn die genannten Personen sind berechtigt, diejenigen res *nec fungibiles* vtiliter zu vindiciren, welche für ihr Geld angeschafft worden sind, obwohl sie dieselben niemals in ihrem Besitze gehabt haben.

Vtilis wird diese Klage deshalb genannt, weil sie nach Analogie der directa rei vindicatio eingeführt worden ist. (§. 186.)

§. 432.

b. Gegen wen kann die rei vindicatio angestellt werden?

Da die rei vindicatio eine actio *realis* ist, so kann sie gegen jeden Besitzer der Sache angestellt werden: L. 1. C. *Vbi in rem act.* (§. 23. u. 25.) Der possessor ist aber entweder ein verus, oder ein fictus und im letztern Falle kann natürlich nicht die Sache selbst, sondern nur ihr Werth gefordert werden. (§. 390.) Doch hat der Kläger die Wahl, ob er den verus oder fictus possessor belangen will und wenn er auch von dem letztern den Werth empfangen hat, so kann er doch noch immer den verus possessor in Anspruch nehmen: L. 7. D. *de Rei vind.*

Gegen die Erben des Besitzers kann die rei vindicatio, weil sie eine actio realis ist, nur dann angestellt werden, wenn sich dieselben im Besitze der fraglichen Sache befinden. Ist aber der Rechtsstreit mit dem Testator bereits so weit gediehen, daß dieser litem contestiret hat, so kann derselbe auch gegen die Erben fortgestellt werden, obwohl sie sich nicht im Besitze befinden: L. 42. D. *eod.*

Sollte jedoch der Beklagte nicht in eigenem Namen besitzen, wie z. B. der vsufructuarius, so kann er sich durch die exceptio nominationis auctoris schützen, d. h. er kann den Kläger dadurch zurückweisen, daß er ihm Denjenigen nennt, in dessen Namen er den Besitz ausübt: L. 2. C. *Vbi in rem act.* Wenn er dieses unterläßt, so wird er als ein possessor angesehen, welcher in eigenem Namen besitzt und muß also die rei vindicatio mit allen ihren Folgen gegen sich gelten lassen. Hat aber der Beklagte, welcher in eigenem Namen besitzt, bloß zur Beseitigung der Klage fälschlicher Weise angegeben, daß er in fremdem Namen

besitze, so wird er verurtheilt, dem Kläger sofort die Sache zu übergeben, worauf er, wenn er seine Rechte verfolgen will, selbst als Kläger auftreten muß: L. vlt. D. *de Rei vind.*

Das deutsche Recht weicht hinsichtlich des Beklagten von dem Röm. Grundsatze: vbi rem meam inuenio, ibi vindico, insofern ab, als es für einen bestimmten Fall die entgegengesetzte Regel aufstellt: Hand muß Hand wahren. Hier wird vorausgesetzt, daß der Eigenthümer der Sache dem Besitze derselben zu Gunsten einer andern Person freiwillig entsagt hatte, wie z. B. wenn er sie einem Andern in commodatum gab und daß sie später von dem Empfänger auf einen dritten bonae fidei possessor übergieng, von welchem jetzt der Eigenthümer vindiciren will. In diesem Falle kann der Beklagte den Eigenthümer zurückweisen, weil Letzterer vielmehr Denjenigen in Anspruch nehmen muß, welchem er selbst die Sache übergeben hatte. Wenn hingegen der Eigenthümer den Besitz der Sache unwillkührlich verloren hatte, oder der dritte Besitzer ein malae fidei possessor ist, so bleibt auch nach deutschem Rechte die rei vindicatio bey Kräften. Heut zu Tage ist aber diese Modification aufgehoben und es gilt in Deutschland unbeschränkt die Regel: vbi rem meam inuenio. ibi vindico.

§. 433.

c. Gegenstand der rei vindicatio.

Die rei vindicatio setzt eine körperliche Sache voraus, welche der Kläger genau bezeichnen und beschreiben muß: L. 6. D. *de Rei vind.* und wird darauf gerichtet, daß der Beklagte die in Rede stehende Sache cum omni caussa herausgebe, mithin das Eigenthum des Klägers anerkenne. Diese Herausgabe muß in der Regel unentgeldlich geschehen, wenn auch der Beklagte ein bonae fidei possessor war, ausgenommen in zwey Fällen:

1) wenn der Beklagte die versio in rem des Eigenthümers beweisen, also darthun kann, daß der von ihm, dem Beklagten, bezahlte Kaufpreis in den Nutzen des Klägers verwendet worden sey: L. 16. C. *de Praed. et al. reb. min.* Dieser Fall kommt besonders dann vor, wenn ein Minderjähriger das Grundstück vindicirt, welches ohne sollemnitas alienationis veräußert, dessen Kaufpreis aber zum Vermögen des pupillus geschlagen worden ist und

2) wenn der Beklagte als negotiorum gestor des Eigenthümers anzusehen ist. Dieß findet z. B. Statt, wenn der Beklagte

die fragliche Sache von einem feindlichen Soldaten gekauft hatte, um sie ihrem Eigenthümer zu erhalten. Vgl. L. 6. D. *de Captiv. et postlim.*

Aber die rei vindicatio ist nicht bloß auf die Sache selbst gerichtet, sondern auch auf omnem caussam. Hierunter hat man 1) die Accessionen zu verstehen: L. 17. §. 1. D. *de Rei vind.* 2) die fructus: L. 22. C. *eod.* und 3) den Ersatz desjenigen Schadens, welchen der Eigenthümer durch Entbehrung des Besitzes erlitten hat: L. 17. 18. u. 21. D. *eod.*

Was nun in's Besondere die **Früchte** anlangt, so hat der bonae fidei possessor nur die fructus *pendentes* und die perceptos *exstantes*, nicht aber die perceptos *consumtos* zu restituiren: L. 22. C. *eod.*, der malae fidei possessor hingegen muß nicht nur die fructus perceptos, ohne Unterschied ob sie exstantes oder consumti sind, sondern auch die fructus *percipiendos* herausgeben: L. 62. §. 1. D. *eod.* (Vgl. §. 385. u. §. 415.) So wie aber der Proceß anhängig geworden ist, so muß auch der *bonae fidei* possessor für alle Früchte, ja sogar für die fructus *percipiendos* stehen: §. 2. Inst. *de Off. iud.*

Von der andern Seite kann aber auch der **Beklagte** Ansprüche gegen den **Kläger** erheben, welche die restitutio *impensarum* betreffen (§. 291.), den Ersatz der Kosten, welche der Beklagte auf die Sache verwendet hat und worüber folgende Grundsätze gelten:

1) die impensae *fructuum* brauchen von dem Kläger nur insofern ersetzt zu werden, als der Beklagte die dadurch gewonnenen **Früchte** herausgeben muß: L. 36. §. vlt. *de Hered. pet.*

2) die impensae *rei* sind

a. necessariae. Diese kann der Beklagte nur dann verlangen, wenn sie *magnae* sind: quae vtilitatem ex re perceptam excedunt, nicht aber, wenn sie *modicae* sind. Die impensas magnas aber kann sowohl der *malae*, als *bonae* fidei possessor *deducere*. Vgl. L. 5. C. *de Rei vind.*

b. vtilis. Diese kann der bonae fidei possessor, insofern sie modicae und noch vorhanden sind, ebenfalls deducere, der malae fidei possessor aber nur tollere: L. 5. *cit.* und L. 38. D. *eod.*

c. voluptuariae. Diese kann sowohl der bonae, als malae fidei possessor nur tollere, sie müßten denn in Hinsicht auf die Person des Klägers als vtiles zu betrachten seyn: L. 29. D. *eod.*

30

3) der Kläger hat die Wahl, ob er die durch die impensas hervorgebrachten Accessionen behalten oder wegnehmen lassen will, dafern dieß Letztere geschehen kann: L. 38. D. *eod.* und

4) das Rechtsmittel, wodurch der Beklagte seine Auslagen verfolgt, ist die exceptio doli generalis, deren sich derselbe bedienen kann, wenn er die Sache noch besitzt: L. 48. D. *eod.* (§. 175.) Hat er aber die Sache schon übergeben, so kann er nach R. R. keine Klage anstellen: L. 33. in fin. D. *de Condict. indeb.*, obwohl ihm die Praxis eine actio negotiorum gestorum contraria vtilis zugesteht.

§. 434.

d. Beweis des Eigenthums.

Bey der rei vindicatio hat in der Regel stets der Kläger den Beweis zu führen, weil der Beklagte, also Der, welcher sich im Besitze befindet, der präsumtive Eigenthümer ist: L. 2. C. *de Probat.* Die Beweisführung selbst ist auf das Eigenthum zu richten, doch muß derselben noch eine demonstratio (Bescheinigung) vorangehen, welche in der heutigen Proceßlehre legitimatio ad caussam passiua genannt wird und durch welche der Kläger zuvörderst darzuthun hat, daß der Beklagte im Besitze sey: L. 36. pr. D. *de Rei vind.* Dieser demonstratio bedarf es aber in den meisten Fällen darum nicht, weil sie entweder durch notorische Umstände, wie besonders bey Grundstücken, oder durch das Geständniß des Beklagten, welcher das Eigenthum für sich behauptet, überflüssig wird. Wenn jedoch der Beklagte geläugnet hat, daß er im Besitze sey, aber vom Kläger durch jene demonstratio überführt ist, so wird der Beklagte in poenam inficiationis condemnirt, kraft welcher er dem Kläger die Sache sofort herausgeben und, dafern er noch immer behauptet, Eigenthümer zu seyn, die contravindicatio gegen den frühern Kläger anstellen, mithin sich dem Hauptbeweise unterziehen muß: Nou. 18. c. 10.

Der Beweis des Eigenthums wird von den Praktikern probatio diabolica genannt, weil der Beweisführer nicht nur den iustus titulus darthun muß, unter welchem er selbst die Sache erworben hat, sondern auch den aller seiner Vorgänger bis zur vollendeten Verjährung rückwärts gerechnet: L. 20. pr. D. *de Adquir. rer. dom.* und L. 16. C. *de Probat.* Dieser schwierige

Beweis ist aber nur dann erforderlich, wenn der Beweisführer durch accessio possessionis zu dem Eigenthume der Sache gelangt war. Daher braucht der Kläger nur seinen eigenen Erwerbtitel darzuthun, wenn ihm für seine Person allein schon die Verjährung zur Seite steht, so wie auch, wenn er die Sache unmittelbar vom Fiscus erworben hat: §. vlt. Inst. *de Vsucap.*

§. 435.

e. Einreden, welche der rei vindicatio entgegengestellt werden können.

Gegen die rei vindicatio kann sich der Beklagte folgender Einreden bedienen:

1) daß er selbst der Eigenthümer der fraglichen Sache sey. Hierher gehört besonders die exceptio rei venditae et traditae, welche, ihrer Natur nach, eine exceptio doli generalis ist und voraussetzt, daß der Beklagte die Sache durch ein Geschäft erworben habe, kraft dessen der Kläger zur Uebergabe der Sache verbunden gewesen war. Dieß findet z. B. Statt, wenn der frühere Eigenthümer (der Vindicant) einem Andern den Auftrag gegeben hatte, die Sache zu verkaufen, aber, nachdem dieß geschehen, jedoch der Kaufpreis noch nicht bezahlt ist, die Sache vom Käufer vindiciren will: L. 1. §. 2. D. *de Except. rei vend. et trad.* Diese Einrede geht sowohl *ad*, als *in* heredes über: L. 14. C. *de Rei vind.*

2) daß die Sache ohne Schuld des Beklagten untergegangen sey: L. 40. pr. *de Hered. petit.* und L. 12. §. 4. D. *Ad exhib.* und

3) die oben (§. 433.) erwähnte exceptio doli generalis, durch welche der Beklagte sein Retentionsrecht an der Sache zu schützen sucht, wenn er gewisse Kosten auf dieselbe verwendet hat: L. 48. D. *de Rei vind.*

§. 436.

Uebrige Klagen.

2. *Actio Publiciana in rem*: actio realis, qua bonae fidei possessor, qui conditione vsucapiendi gaudet, aduersus infirmiori iure possidentem experitur ad rem cum omni caussa restituendam: §. 4. Inst. *de Act.* und L. 1. D. *de Publ. in rem act.* (Vgl. §. 388. u. 403.)

Als infirmiori iure possidens ist hier Derjenige anzusehen, welcher entweder gar keinen iustus titulus für seinen Besitz anzuführen vermag, oder sich zwar auf einen solchen berufen kann, aber die Sache später, als der Kläger, von demselben auctor erworben hat, von welchem sie der Kläger ableitet. Hat also der Beklagte die Sache iusto titulo von einem andern Besitzvorgänger (auctor) empfangen, als der Kläger, so ist die Klage unstatthaft und der Beklagte muß in seinem Besitze geschützt werden: L. 9. §. 4. D. *eod.*

Der Beweis ist bey dieser Klage, welche nur auf der conditio vsucapiendi beruht, keinesweges so schwierig, als bey der rei vindicatio, denn der Kläger hat bloß den iustus titulus darzuthun, unter welchem er selbst den Besitz der Sache, den er verloren, früher erworben hatte, keinesweges die Titel seiner Vorgänger, und dieß veranlaßt häufig die Practiker, statt der rei vindicatio die Publiciana anzustellen, weil sie sich dadurch dem schwierigen Beweise des Eigenthums entziehen können. Endlich sind noch zwey Fälle zu erwähnen, in welchen die actio Publiciana in rem aus ihrer Natur heraustritt:

a. sie kann auch zuweilen von Demjenigen angestellt werden, welcher sich noch gar nicht in dem Besitze der fraglichen Sache befunden hat, nämlich, wenn der transitus dominii legalis (§. 411.) Statt findet, so daß z. B. der legatarius oder mortis caussa donatarius sich dieser Klage bedienen kann, wenn er auch noch nicht in den Besitz der Sache gekommen war: L. 1. §. 2. u. L. 2. D. *eod.* und

b. sie wird sogar gegen den Eigenthümer mit Wirkung angestellt, nämlich wenn der Kläger, dafern er sich noch im Besitze befände, von der exceptio rei venditae et traditae Gebrauch machen könnte. Wenn ich z. B. vom A. ein Grundstück kaufe, welches dem B. gehört, und zwar den Kaufpreis bezahlt, das Grundstück selbst aber nicht in meinen Besitz bekommen habe, hierauf jedoch A. der Erbe des B. wird, so kann ich gegen den A. die actio Publiciana in rem anstellen: L. 2. D. *de Except. rei vend. et trad.*

3. *Actio Publiciana rescissoria*: actio realis, qua vtitur is, qui reipublicae caussa absens fuerat, contra eum, qui rei praescripsit illius: §. 5. Inst. *de Act.*

Diese Klage entspringt aus dem dominium praetorium s. fictum (§. 421.) und ist hinsichtlich des fingirten Grundes, auf welchem sie beruht, der actio Publiciana in rem gerade entgegengesetzt. Wie nämlich bey der letztern die erst begonnene Verjährung für schon vollendet angesehen wird, so stützt sich die rescissoria auf die Fiction, daß die bereits vollendete Verjährung noch nicht vollendet sey. Diese Fiction stellte der Prätor zu Gunsten Derer auf, welche während der Verjährungszeit wegen des gemeinen Besten abwesend waren und ertheilte solchen Personen die restitutio in integrum, kraft welcher sie nach ihrer Rückkehr die erwähnte Klage, als eine dingliche, aus ihrem wieder auflebenden Eigenthume gegen jeden Besitzer der Sache anstellen können. (§. 181.)

4. *Actio communi diuidundo*: actio mixta, quam condominus instituit aduersus condominuum in rei communis administratione hactenus constitutum, ad eam diuidendam, rationes reddendas et damnum illatum resarciendum: L. 1. u. 2. D. *Comm. diuid.*

Diese Klage entspringt zunächst aus dem condominium (Miteigenthum: §. 405.), wird aber durch Analogie auch auf bonae fidei possessores ausgedehnt: L. 6. D. *eod.* und in diesem Falle vtilis genannt. Mit demselben Namen bezeichnet man die, welche aus dem condominium vtile, nämlich aus der emphyteusis und superficies angestellt wird, insofern sich die letztern in der Gemeinschaft mehrerer Personen befinden: L. 1. §. 8. D. *de Superfic.*

Die actio communi diuidundo ist eine mixta (§. 26.), duplex (§. 186.) und diuisoria. Sie wird daher stets auf Theilung einer gemeinschaftlichen Sache angestellt, wenn nur dieselbe eine res singularis ist, weshalb sie auch niemals auf Theilung einer Erbschaft gerichtet werden kann: L. 4. pr. D. *eod.* Auch darf über die Gemeinschaftlichkeit der Sache kein Zweifel obwalten: L. 1. D. *eod.*, weil außerdem die rei vindicatio Platz ergreift.

5. *Actio finium regundorum*: actio mixta, qua vtitur dominus praedii rustici aduersus dominuum praedii vicini, vt fines turbati ad modum pristinum reducantur et damnum resarciatur, quod per termini motionem illatum est: L. 1. u. 2. D. *Fin. reg.* Diese Klage setzt voraus:

a. zwey oder mehrere praedia rustica, welche verschiedenen Eigenthümern angehören: L. 2. pr. u. L. 4. §. 8. D. *eod.* Doch können auf diesen Grundstücken auch Gebäude stehen: L. 2. *cit.* pr.,

b. daß diese praedia an einander angrenzen: L. 4. §. 10. D. *eod.* und

c. daß zur Zeit der erhobenen Klage keiner von beyden Theilen die wahren Grenzen anzugeben vermag: L. 12. D. *eod.*

Auch diese Klage ist eine actio *mixta*: L. 1. *eod.*, weil sie nicht nur auf Wiederherstellung der Grenzen: L. 2. §. 1. u. L. 8. §. 1. *eod.*, sondern auch auf das id, quod interest gerichtet wird: L. 4. §. 1. u. 2. *eod.* Sie ist aber zugleich auch eine actio *duplex*, weil bey einer Grenzverwirrung beyde Nachbarn gleiche Rechte haben: L. 10. *eod.*

Wenn nun die actio finium regundorum angestellt worden ist, so hat der Richter die Pflicht auf sich, den wahren Stand der Grenze zu ermitteln und, dafern dieß nicht möglich ist, neue Grenzen zu setzen: L. 2. §. 1. u. L. 7. u. 8. *eod.*, zugleich aber auch den Schaden zu berücksichtigen, welchen der eine oder andere Eigenthümer durch die Grenzverwirrung erlitten hat: L. 4. §. 1. u. 2. *eod.*

§. 437.

Vom Verluste des Eigenthums.

Der Verlust des Eigenthums ist entweder ein freywilliger oder ein unfreywilliger.

1. Gründe des freywilligen Verlustes:

a. wenn der Eigenthümer die Sache derelinquirt: §. 47. Inst. *de Rer. diuis.*,

b. wenn er sie vernichtet oder specificirt: L. 65. §. 2. D. *de Legat. I.* — L. 88. D. *de Legat. III.*

c. wenn er das Eigenthum entweder ausdrücklich (wie durch Tradition nach vorhergehendem Verkaufe) oder stillschweigend (z. B. wenn er der Verjährung seiner Sache nicht widerspricht) auf einen Andern überträgt. Hier ist nun die allgemeine Regel zu beobachten, daß (die occupatio ausgenommen) jeder modus *adquirendi* auf Seiten des neuen Eigenthümers auch ein modus *amittendi* dominii auf Seiten des bisherigen Eigenthümers ist: L. 40. §. 2. in fin. D. *de Procurat.* „quum iudicatur, rem meam esse, simul iudicatur, illius *non* esse“.

2. Gründe des unfreywilligen Verlustes:

a. Untergang der Sache, wenn derselbe nicht in der Absicht des Eigenthümers lag: §. 16. Inst. *de Legat.* Hierher gehört auch der Fall, daß ein Fluß sich über das Grundstück des

bisherigen Eigenthümers ein neues Bette bildet: L. 1. §. 5. u. 9. D. *de Flumin.*,

b. Veräußerung der Sache von Seiten des Pfandgläubigers: §. 1. Inst. *Quib. alien. lic.*,

c. Accession, Specification oder Verjährung der Sache von Seiten und zu Gunsten eines Andern: §. 30. Inst. *de Rer. diuis.* — §. 25. Inst. *eod.* — pr. Inst. *de Vsucap.*

d. Widerruf des dominium reuocabile: L. 10. C. *de Reuoc. donat.*,

e. Consolidation des getheilten Eigenthums in der Person des dominus directus: L. 2. C. *de Iure emphyt.*,

f. Adjudication zu Gunsten eines Andern: §. 5. Inst. *de Off. iud.*,

g. wenn gezähmte Thiere (im Gegensatze der zahmen) die Gewohnheit des Widerkehrens ablegen: §. 15. Inst. *de Rer. diuis.* und

h. wenn wilde Thiere, welche eingefangen waren, ihre natürliche Freyheit wieder erlangen: §. 12. Inst. *eod.* Dieß ist der einzige Fall, in welchem mit dem bloßen Verluste des Besitzes auch der augenblickliche Verlust des Eigenthums verbunden ist.

Fünftes Capitel.

Von dem getheilten Eigenthume.

Erste Abtheilung.

Von der Emphyteusis.

§. 438.

1. Verschiedene Bedeutungen des Wortes.

Das Wort: Emphyteusis kommt in drey verschiedenen Bedeutungen vor:

1) in der Grundbedeutung, welche ganz eigentlich in den gegenwärtigen Zusammenhang gehört, ist *Emphyteusis*: dominium vtile, quod alicui in praedio, sub lege meliorationis et annui canonis

praestandi, competit: L. 1. D. *Si ager vectigal.* Hiernächst versteht man aber unter diesem Worte auch

2) praedium ipsum emphyteusi obnoxium. Doch bedienen sich die Quellen zu Bezeichnung dieses Begriffes der Ausdrücke: ager vectigalis: L. 1. *cit.* oder praedium vectigale: L. 15. §. 27. D. *de Damno inf.*, endlich

3) contractus consensualis, quo emphyteusis constituitur: L. 3. C. *de Iure emphyt.*

Der Ursprung dieses Institutes ist in der Cultivirung unbebaueter Ländereyen zu suchen, zu welchem Zwecke man Grundstücke, welche dem Staate oder einzelnen Gemeinden gehörten, gewissen Personen zur Bebauung und Benutzung gegen einen bestimmten, jährlichen Zins überließ, dergestalt, daß die Besitzer sie auf ihre Erben übertragen konnten: L. 1. D. *Si ager vectigal.* Diese Einrichtung wurde sehr bald auch auf andere, besonders kirchliche Grundstücke angewendet: Nou. 7. c. 3. — c. 4. X. *de Loc. et cond.* und endlich auch auf Ländereyen der Privatpersonen ausgedehnt: L. 1. C. *de Iure emphyt.*

In der Grundbedeutung setzt die emphyteusis ein getheiltes Eigenthum (§. 406.) voraus und hat folgende Erforderniße:

1) zwey Personen, von welchen der einen das ursprüngliche oder Obereigenthum (dominium directum) zusteht: dominus emphyteusis, die andere aber das verliehene oder nutzbare (dominium vtile) ausübt: emphyteuta. Vgl. L. 3. C. *eod.*,

2) eine res immobilis (praedium). Dieses praedium kann aber eben so wohl ein praedium *vrbanum*, als *rusticum* seyn: L. 15. §. 26. D. *de Damno inf.* und

3) der emphyteuta übernimmt eine doppelte Hauptverbindlichkeit:

a. zur Melioration des Grundstückes: Nou. 120. c. 8. Doch ist das Wort Melioration nur auf den Ursprung dieses Institutes und überhaupt auf den Fall zu beziehen, daß Ländereyen, welche noch uncultivirt sind, zur Urbarmachung übergeben werden. Hiervon abgesehen besteht die Melioration bloß in der pfleglichen und sorglichen Verwaltung: Nou. 7. c. 3. §. 2.

b. zur Entrichtung eines jährlichen canon: L. 2. D. *Si ager vectigal.* u. §. 3. Inst. *de Locat.*

Annuus canon: summa pecuniae, quam emphyteuta quotannis domino emphyteusis in recognitionem dominii directi praestare

tenetur. Dieser ist kein Aequivalent der bezogenen Früchte und darf daher nicht mit dem Pachtgelde (merces) verwechselt werden, ist vielmehr nur ein Zeichen, daß sich der emphyteuta nicht für den vollen Eigenthümer des Grundstückes halte, sondern das Obereigenthum des dominus emphyteusis anerkenne: arg. L. 3. C. *de Alluu.*

§. 439.

2. Von den verschiedenen Arten, auf welche die emphyteusis errichtet werden kann.

Die emphyteusis kann auf eine dreyfache Weise errichtet werden:

1) durch Vertrag. Dieser ist der contractus emphyteuticarius, welcher als ein selbstständiges und von dem Kauf- und Pachtcontrakte zu trennendes Geschäft von dem Kaiser Zeno eingeführt wurde: L. 1. C. *de Iure emphyt.* Vgl. §. 3. Inst. *de Locat.* Der contractus emphyteuticarius ist ein contractus consensualis, hat also seine caussa ciuilis in der bloßen von beyden Seiten erklärten Einwilligung: L. 1. *cit.* Dieß ist aber nicht so zu verstehen, als ob durch den bloßen Contrakt das dominium vtile von dem künftigen emphyteuta schon erworben würde, dieser erhält vielmehr aus dem Contrakte nur ein persönliches Recht gegen den künftigen dominus emphyteusis auf Uebergabe des Grundstückes, der Letztere erwirbt dagegen das ebenfalls persönliche Recht auf Melioration und Entrichtung des annuus canon, so wie daß der emphyteuta nach Aufhebung des getheilten Eigenthums das Grundstück in guter Beschaffenheit zurückgebe. Das Eigenthümliche dieses Contraktes besteht nun darin, daß der dominus emphyteusis aus demselben nicht eher klagbar werden kann, als bis er seiner Verbindlichkeit durch Uebergabe des Grundstückes genügt und auf diese Weise den emphyteuta in den Stand gesetzt hat, die seinigen zu erfüllen. Da nun aus diesem Contrakte beyde Theile auf Erfüllung desselben belangt werden können, so heißt die daraus entspringende Klage: actio emphyteuticaria vtrimque directa. Hat aber der dominus emphyteusis von seiner Seite den Contrakt erfüllt, also das Grundstück dem künftigen emphyteuta übergeben, so hat dieser die emphyteusis, als dominium vtile, wirklich erworben, er ist nun emphyteuta geworden und kann gegen Jeden, welcher ihn in der Ausübung seiner Rechte stört, eine dingliche Klage gebrauchen.

Einer **schriftlichen** Abfassung des contractus emphyteuticarius bedarf es nach der richtigern Meynung in der Regel **nicht**, denn es geht aus dem Zusammenhange der L. 1. *cit.* klar hervor, daß dieses Gesetz der schriftlichen Aufzeichnung als einer nur willkührlichen von den Contrahenten beliebten Maaßregel Erwähnung thut, dafern diese noch **besondere** Bestimmungen unter sich festsetzen wollen, welche sich nicht aus der Natur der emphyteusis von selbst ergeben, wie die Worte zeigen: „quae .... super omnibus vel etiam *fortuitis casibus* pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint", so auch in der L. 2. *eod.* „si quidem *aliquae pactiones* in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae". Diese Meynung wird auch noch dadurch unterstützt, daß, wenn an einem **kirchlichen** Grundstücke eine emphyteusis errichtet werden soll, hierzu ein **schriftlicher** Contrakt erforderlich ist: Nou. 120. c. 5. pr. in fin.,

2) durch **letzten Willen**. Hier findet der transitus legalis Statt, so daß der emphyteuta das dominium vtile **sogleich** und **unmittelbar** erwirbt, ohne daß es erst einer vorgängigen traditio bedürfte. Daher kann der emphyteuta gleich nach dem Tode des Testators die rei vindicatio vtilis gebrauchen: §. 3. Inst. *de Heredit. quae ab intest.* Endlich

3) durch **Verjährung**. Diese ist die praescriptio *constitutiua* (§. 420.), weil durch sie ein **anderes** Recht, als das **volle Eigenthum** erworben wird. Hierzu ist erforderlich, daß Jemand während der gesetzlichen Verjährungszeit von 10 oder 20 Jahren sich im Besitze eines fremden Grundstückes befunden, dasselbe nach emphyteutischem Rechte behandelt, besonders aber einen annuus canon bezahlt und der künftige dominus emphyteusis nicht widersprochen hat. Viele Rechtslehrer läugnen die constitutive Verjährung der emphyteusis gänzlich, weil es an einem **Verjährungsbesitze** fehle. Dieser Grund dürfte aber deshalb nicht zulänglich seyn, weil die hier in Rede stehende Verjährung keine **translative**, sondern eine **constitutive** ist, welche bekanntlich weder einen iustus titulus, noch eine bona fides verlangt, wie unten in der Lehre von den Servituten weiter ausgeführt werden soll. In Hinsicht auf **kirchliche** Grundstücke muß nach Analogie der translativen Verjährung die 40jährige Präscriptionszeit angenommen werden: Nou. 111.

§. 440.

3. Von den Rechten, welche aus der emphyteusis hervorgehen:
a. auf Seiten des emphyteuta.

Dem emphyteuta stehen folgende einzelne Rechte zu:

1) das ius possidendi, welches er von dem ursprünglichen Eigenthümer (dominus directus) ableitet (§. 387.),

2) der vsusfructus *caussalis* (§. 402.) und zwar dergestalt, daß die Früchte gleich nach der Separation von dem Grundstücke in's unwiderrufliche Eigenthum des emphyteuta übergehen: L. 25. §. 1. in fin. D. *de Vsur.* Anders verhält es sich mit dem vsusfructus *formalis*, bey welchem der vsufructuarius nur dann Eigenthümer der percipirten Früchte wird, wenn er dieselben nicht nur von der Hauptsache getrennt, sondern auch dieselben bereits in seine Gewahrsam gebracht hat: L. 12. §. 5. D. *de Vsufr.* — Weil aber dem emphyteuta die Benutzung des Grundstückes zusteht, so muß er auch alle Lasten tragen, welche darauf haften: L. 2. C. *de Iure emphyt.*,

3) dasselbe Recht hat der emphyteuta an den Accessionen, doch müssen diese, nach Aufhören der emphyteusis, mit dem Grundstücke selbst zurückgegeben werden: arg. L. 10. §. 1. D. *de Iure dot.*

4) wenn in dem praedium ein Schatz gefunden wird, so ist der Finder entweder der emphyteuta, oder ein Anderer. Im ersten Falle bekommt der emphyteuta die Hälfte des Schatzes iure inuentionis in's volle und unwiderrufliche Eigenthum: L. vn. in fin. C. *de Thesaur.*, die andere Hälfte aber als dominus vtilis iure accessionis in seinen Nießbrauch, so lange die emphyteusis dauert. Im zweyten Falle aber erhält der emphyteuta bloß iure accessionis den Nießbrauch an der Hälfte des Schatzes: arg. L. 7. §. 12. D. *Soluto matrim.*,

5) das Recht, zu melioriren. Dieß ist insofern ein Recht zu nennen, als es dem emphyteuta frey steht, die facies fundi zu verändern, wenn nur das Grundstück an Werthe gewinnt. Außerdem ist die Verbindlichkeit vorhanden, das Grundstück in gutem Zustande zu erhalten; Nou. 120. c. 8. Vgl. auch Auth. *Qui rem* C. *de SS. eccl.*

6) das Recht zu veräußern. Hier ist die Veräußerung sowohl im weitern, als engern Sinne zu verstehen. Was

nämlich die Veräußerung im engern Sinne betrifft, so steht es jedem emphyteuta vollkommen frey, das Grundstück zu verkaufen, nur muß er vorher den dominus von dieser Absicht in Kenntniß setzen (§. 441.) — In Hinsicht der Veräußerung im weitern Sinne ist der emphyteuta befugt, das Grundstück mit Servituten und Hypotheken zu belasten, welche jedoch, wenn sie ohne Einwilligung des dominus darauf gelegt worden sind, resoluto iure constituentis wieder in Wegfall kommen: L. 16. §. 2. D. *de Pignor. act.* u. L. 31. D. *de Pignorib.*

7) ius transmittendi ad successores. Der emphyteuta kann sowohl einen letzten Willen zu Gunsten jeder beliebigen Person, wenn sie auch nicht zur Familie gehört, über die emphyteusis errichten, als auch dieselbe auf seine gesetzlichen Erben ab intestato transmittiren: §. 3. Inst. *de Locat.* und hinsichtlich der kirchlichen Emphyteusen: Nou. 120. c. 6. §. 1. — Nur ausnahmweise wird die emphyteusis auf die Person des emphyteuta beschränkt und überhaupt können mehr oder weniger Rechte, als die bisher erwähnten, durch schriftliche pacta adiecta festgestellt werden, welche den gesetzlichen Sanctionen vorgehen: L. 3. C. *de Iure emphyt.*

8) die rei vindicatio vtilis gegen jeden dritten Besitzer: L. 1. §. 1. D. *Si ager vectigal.* so wie überhaupt alle Rechtsmittel, welche einem Eigenthümer zustehen: L. 3. §. 3. D. *de Operis nou. nunc.*

§. 441.

b. Auf Seiten des dominus.

Die Rechte aber, welche dem dominus emphyteusis zustehen, sind diese:

1) das Recht auf den annuus canon, welcher nicht gerade in Gelde zu entrichten ist, sondern auch in Naturalien bestehen kann, aber weil er kein Aequivalent der Früchte ist, keine remissio (Erlaß) duldet: arg. L. 3. C. *de Alluu.* (§. 438.) Ueber die Quantität des annuus canon kann es natürlich keine gesetzliche Bestimmung geben, sondern diese richtet sich nach dem Vertrage. Wenn aber der emphyteuta drey Jahre lang den annuus canon unbezahlt gelassen hat, so geht er, zur Strafe seiner Nachlässigkeit, der emphyteusis verlustig: L. 2. C. *de Iure em-*

phyt. Bey kirchlichen Emphyteusen tritt dieser Verlust schon nach zwey Jahren ein: Nou. 7. c. 3. §. 2.,

2) das Recht, von dem emphyteuta zu verlangen, daß er das Grundstück sorglich und pfleglich benutze: ibid. u. Nou. 120. c. 8.

3) das ius protimiseos (Vorkaufsrecht). Dieses steht dem dominus zu, wenn der emphyteuta das Grundstück verkaufen will. Darum muß ihn aber auch der Letztere von seinem Vorhaben in Kenntniß setzen und von dem Augenblicke der erhaltenen Wissenschaft an laufen dem dominus zwey Monate, innerhalb welcher er sein Vorkaufsrecht ausüben kann. Läßt er diese Zeit vorüber, ohne sich seines Rechtes zu bedienen, so ist der emphyteuta weiter nicht an dessen Einwilligung gebunden, sondern kann das Grundstück nach seinem Belieben veräußern. Wenn aber der emphyteuta die Veräußerung vornimmt, ohne den dominus davon zu benachrichtigen, oder ohne den Ablauf jener zwey Monate abzuwarten, so kann der dominus das Grundstück von jedem dritten Besitzer vindiciren, muß jedoch diesem den Kaufpreis erstatten: L. 3. C. *de Iure emphyt.*

4) das Recht, bey Veräußerungen des Grundstückes eine gewisse Abgabe zu fordern, welche von den neuern Rechtsgelehrten laudemium (Lehnwaare) genannt wird. Das lateinische Wort kommt von laudare her, welches in der mittlern Latinität so viel als consentire oder adprobare bedeutet, das deutsche aber von wahren: sichern, daher die Gewähr: Sicherung im Besitze.

Laudemium: certa summa pecuniae domino emphyteusis a nouo emphyteuta pro eius receptione soluenda. Das laudemium besteht in dem 50sten Theile des Kaufpreises, oder, wo ein solcher nicht vorkommt, wie bey Schenkung oder Tausch, im 50sten Theile des Taxwerthes, also in 2 Proc. und kann nur dann gefordert werden, wenn der emphyteuta die Veräußerung unter Lebenden, nicht aber, wenn er sie auf den Todesfall vornimmt. Vgl. L. 3. C. *cit. sub fin.*,

5) das Recht, von dem emphyteuta zu verlangen, daß ihm derselbe alljährlich oder überhaupt terminweise die Quittungen (apochas) über die von dem Grundstücke bezahlten, öffentlichen Abgaben producire. Denn der Staat hält sich in subsidium an den dominus directus. Hat nun der emphyteuta drey Jahre lang diese Production unterlassen, so geht er zur Strafe der emphyteusis verlustig: L. 2. C. *eod.*

6) das Recht, das dominium directum nach freyer Willkühr zu veräußern, denn das Obereigenthum ist das ursprüngliche und vorbehaltene und bleibt deshalb der ungehinderten Verfügung unterworfen,

7) das Recht, nach Aufhören der emphyteusis das Grundstück in's volle Eigenthum zurückzunehmen, also das Recht der Consolidation. Dieses tritt dann ein, wenn der emphyteuta entweder ohne Erben verstorben ist, oder zur Strafe der emphyteusis verlustig wird. (§. 442.) Endlich

8) die directa rei vindicatio, welche der dominus entweder gegen den emphyteuta selbst anstellt, wenn dieser keine Rechte mehr an dem Grundstücke hat, oder gegen jeden dritten, unbefugten Besitzer, welchen der dominus auch während der emphyteusis mit dieser Klage belangen kann. Im Uebrigen stehen dem Letztern alle Rechtsmittel zu, welche aus dem Eigenthume hervorgehen.

§. 442.

4. Von den verschiedenen Arten, auf welche die emphyteusis beendigt wird.

Die Beendigungsarten der emphyteusis lassen sich am Uebersichtlichsten in zwey Classen ordnen, nämlich in allgemeine, durch welche in der Regel jedes Eigenthum erlischt und besondere, welche nur für die emphyteusis gehören:

1) Allgemeine:

a. resolutum ius constituentis: wenn der dominus emphyteusis an dem Grundstücke nur ein dominium reuocabile *ex tunc* hatte und der Widerruf erfolgt ist (§. 404.),

b. confusio: wenn die Rechte des dominus und des emphyteuta in einer Person vereinigt werden, wie wenn der eine den andern zu seinem Erben einsetzt, oder der eine seinen Rechten zu Gunsten des andern entsagt (§. 163.),

c. der Tod des emphyteuta: wenn ihm die emphyteusis nur auf Lebenszeit verliehen worden war, oder der Ablauf einer noch kürzern Zeit, welche man für die Dauer der emphyteusis festgestellt hatte: L. 3. D. *Si ager. vectigal.*,

d. der Eintritt einer Resolutiv-Bedingung: L. 11. §. 1. D. *Quemadm. seruit. amitt.*,

e. völliger Untergang des Grundstückes: L. 1. C. *de Iure emphyt.*

f. Verjährung, welche unter einer doppelten Gestalt vorkommen kann: *α.* als praescriptio *adquisitiua*: wenn ein Dritter entweder das volle, oder das nutzbare Eigenthum an dem Grundstücke erwirbt: pr. Inst. *de Vsucap.* und *β.* als praescriptio *exstinctiua*: wenn entweder der dominus emphyteusis, oder der emphyteuta 10 oder 20 Jahre lang sich als voller Eigenthümer gerirt und der Andere während dieser Zeit nicht widersprochen hat: arg. L. 18. D. *de Seruit. praed. rust.* und

g. derelictio des Grundstückes von Seiten des emphyteuta: §. 47. Inst. *de Rer. diuis.*

2) Besondere:

a. die Apertur im eigentlichen Sinne, nämlich wenn der emphyteuta mit Tode abgeht, ohne Erben zu hinterlassen (§. 406.), und

b. die Bestrafung des emphyteuta, welche in folgenden Fällen eintritt: *α.* wegen Deterioration des Grundstückes, es möge nun dieselbe im dolus oder in der culpa des emphyteuta ihren Grund haben: arg. Nov. 7. c. 3. §. 2. u. Nov. 120. c. 8., *β.* wenn der emphyteuta das Grundstück verkauft hat, ohne den dominus davon in Kenntniß zu setzen: L. 3. C. *de Iure emphyt.* und *γ.* wegen der *mora* des emphyteuta: wenn er während der gesetzlichen Zeit entweder den annuus canon nicht entrichtet oder die Quittungen über die öffentlichen Abgaben nicht producirt hat (§. 441.)

In den Fällen der Bestrafung verliert jedoch der emphyteuta seine Befugnisse nicht ipso iure, sondern nur wenn der dominus darauf anträgt: L. 2. C. *de Iure emphyt.* — Die Klage, welche hier der dominus gegen den emphyteuta anstellt, wird actio *priuatoria* genannt und ist eine rein persönliche, indem sie weder *ad* noch *in* heredes übergeht und nach Analogie der actio *reuocatoria* bey Schenkungen beurtheilt wird: L. 10. C. *de Reuoc. donat.* — §. 1. Inst. *de Perpet. et temporal. act.*

§. 443.

Deutsches Recht.

Die bis jetzt entwickelte Lehre von der emphyteusis findet auch noch heut zu Tage in Deutschland vollständige Anwendung bey

derjenigen Art von Bauergütern, welche man Erbzinsgüter nennt. Diese sind im wahren Sinne des Wortes deutsche Emphyteusen, der emphyteuta heißt hier Erbzinsmann und der annuus canon, welchen er zu entrichten hat: Erbzins. Auch wird beym Verkaufe dieser Güter ein laudemium (Lehnwaare) bezahlt und es treten überhaupt die Röm. Rechtsprincipien über die emphyteusis ein.

Da es aber in Deutschland außer den Erbzinsgütern auch noch andere Zinsgüter giebt, so dürfte eine kurze Uebersicht der sämmtlichen Zinsgüter in Deutschland nicht unzweckmäßig seyn.

Praedia censitica: quorum possessores censum annuum praestare tenentur. Diese zerfallen überhaupt in drey Classen:

1) *praedia censitica in specie sic dicta* (schlechte Zinsgüter): quae in *pleno* suorum possessorum dominio versantur. Der hier zu entrichtende Zins kann seinem Ursprunge nach entweder census *reseruatiuus* (vorbehaltener), oder *constitutiuus* (aufgelegter) seyn. Der erstere entstand dadurch, daß der frühere, volle Eigenthümer des Grundstückes dieses für einen vielleicht sehr geringen Kaufpreis in das volle Eigenthum eines Andern übertrug, aber dabey den Vorbehalt aufstellte, daß sowohl der gegenwärtige Käufer, als auch jeder künftige Besitzer des Grundstückes einen jährlichen Zins entrichten und daß diese Verbindlichkeit als eine dingliche Last an dem Grundstücke haften solle. Hingegen der census *constitutiuus* hat seinen Ursprung in einem eisernen Capitale, d. h. einem solchen, welches niemals aufgekündigt werden kann, sondern für immer an einem bestimmten Grundstücke dergestalt haftet, daß der jedesmalige Besitzer desselben die Zinsen jenes Capitales zu entrichten hat. — Diese schlechten Zinsgüter sind der völlig freyen Verfügung ihrer Besitzer, sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall unterworfen, nur geht auf den jedesmaligen Erwerber die Verpflichtung über, den jährlichen Zins zu bezahlen;

2) *praedia censitica hereditaria* (Erbzinsgüter): quae vi iuris emphyteutici in *vtili* suorum possessorum dominio constituta sunt und

3) praedia censitica, quae in *nullo* suorum possessorum dominio versantur. Diese Zinsgüter sind von doppelter Art:

a. Erbpachtgüter, bey welchen der zu entrichtende Zins als merces, mithin als Aequivalent der bezogenen Früchte betrach-

tet wird und auf welche die Grundsätze des R. R. über die locatio conductio (Pacht- oder Miethcontrakt) Anwendung leiden, nur mit dem Unterschiede, daß das Pacht- oder Miethverhältniß bey solchen Grundstücken in perpetuum besteht und demgemäß auf alle Erben des Besitzers übergeht und

b. Laßgüter, welche dem Besitzer zu seiner beliebigen Benutzung auf Widerruf überlassen worden sind. Hier tritt der Begriff des Röm. precarium ein, weshalb solche Güter auch Precareyen oder Precareygüter genannt werden.

Zweyte Abtheilung.

Von der Superficies.

§. 444.

1. Begriff.

Das Wort superficies kommt in drey Bedeutungen vor:

1) in der Grundbedeutung, welche man stets zu präsumiren hat, ist sie: quidquid solo alieno inseritur, implantatur vel inaedificatur. Ueber die superficies in dieser Bedeutung gilt die Regel, daß die Saat, die Pflanzen und Gebäude in's volle Eigenthum Desjenigen gehören, welcher der Eigenthümer des Grundes und Bodens ist, das Säen, Pflanzen oder Bauen möge nun mit oder ohne Einwilligung des dominus geschehen seyn: L. 2. D. *de Superficieb.* Von dieser Regel giebt es aber eine wichtige Modification, welche dann eintritt, wenn der Eigenthümer des Grundes und Bodens an den Saaten, Pflanzen oder Gebäuden, welche auf demselben stehen, nur das dominium *directum* hat, einem Andern aber das dominium *vtile* an diesen Gegenständen zukommt, so daß die substantia fundi, der Grund und Boden selbst, im vollen Eigenthume ihres dominus bleibt. Dieß hat viele Rechtslehrer, ja auch solche, welche das getheilte Eigenthum in der emphyteusis anerkennen, bewogen, die superficies, hinsichtlich ihrer rechtlichen Natur, von der emphyteusis zu trennen, sie als eine besondere species iuris in re *aliena* zu betrachten und außer alle Verbindung mit dem getheilten Eigenthume zu setzen. Diese Ansicht ist aber irrig, denn es kommt bey der Frage, ob ein getheiltes Eigenthum vorhanden sey, bloß auf die Rechte an, welche dem Einen oder Andern zustehen, nicht aber

auf den Gegenstand, an welchem sie ausgeübt werden. Darum erstreckt sich bey der emphyteusis das dominium vtile zugleich mit über Grund und Boden, hingegen bey der superficies ist es auf die Saaten, Pflanzen und Gebäude beschränkt, welche sich auf dem Grund und Boden befinden, aber in beyden Fällen ist das dominium vtile selbst, nur freylich unter den nöthigen Modificationen, von gleichem Umfange. Hierdurch rechtfertigt sich denn die zweyte Bedeutung der superficies, welche den eigentlichen Gegenstand der hier zu entwickelnden Lehre ausmacht, nämlich

2) dominium vtile, quod alicui in superficie quadam concessum est. Endlich in der letzten Bedeutung versteht man unter superficies auch

3) contractus consensualis, quo superficies constituitur.

§. 445.

2. Recht der superficies.

Die superficies kann auf dieselbe Weise entstehen und beendigt werden, wie die emphyteusis, auch sind die Rechte und Klagen der dabey concurrirenden Personen im Allgemeinen genau dieselben, jedoch mit folgenden Abweichungen:

1) ein annuus canon wird bey der superficies nicht entrichtet. Ueberhaupt ist der superficiarius gesetzlich zu keiner pecuniären Leistung verbunden, obwohl ausnahmweise ein solarium (Grundzins) festgestellt seyn kann: L. 2. §. 17. D. *Ne quid in loco publ.* In einem solchen Falle tritt das solarium an die Stelle des annuus canon bey der Emphyteuse und wird dann ebenfalls in recognitionem dominii directi entrichtet. Doch geht durch die Nichtbezahlung desselben die superficies nicht verloren, dieß müßte denn vertragsmäßig ausgemacht seyn;

2) daß bey Veräußerungen der superficies ein laudemium zu bezahlen sey, wird in den Quellen nirgends erwähnt, wohl aber gestatten diese dem superficiarius

3) das interdictum de superficie gegen Jeden, welcher ihn in der Ausübung seiner Rechte stören will: L. 1. pr. u. §. 1. u. 2. D. *de Superfic.*, wie er sich denn auch der übrigen possessorischen Interdicte bedienen kann: L. 3. §. 7. D. *Vti possid.*

Zweyter Titel.

Von den Servituten.

Erstes Capitel.

Von dem Begriffe und der rechtlichen Natur derselben.

§. 446.

I. Begriff.

Seruitus (Dienstbarkeit): ius in re aliena corporali, quo dominus eius in ipsa aliquid pati vel omittere tenetur.

Dieser Begriff hat folgende Erfordernisse:

1) jede Servitut bewirkt eine Beschränkung des Eigenthums, welche auf eine doppelte Weise eintreten kann, entweder dergestalt, daß der Eigenthümer an einer Sache etwas dulden muß, was er sich außerdem nicht gefallen zu lassen brauchte, oder so, daß der Eigenthümer die Ausübung eines im Eigenthume enthaltenen Rechtes unterlassen muß, welche er außerdem vornehmen könnte: L. 15. §. 1. in fin. D. *de Seruit.* Im erstern Falle entsteht der Begriff der seruitus *affirmatiua*, im letztern der der *negatiua*. Vgl. auch L. 6. §. 2. D. *Si seruit. vind.*

2) da nun aber der Begriff der Servituten auf das ius in re aliena beschränkt ist (s. num. 3.), so geht daraus von selbst hervor, daß keine Servitut in *faciendo* bestehen kann, wie die angeführte L. 15. §. 1. D. *de Seruit.* ausdrücklich bestätigt, denn dieß würde, zumal da die Ausübung einer Servitut zu jedem Augenblicke frey stehen muß, ein dauerndes Verhältniß voraussetzen, in welchem Menschen nach fremder Willkühr zum Handeln gezwungen werden könnten, was im Bereiche der Sclaverey, aber nicht der dinglichen Rechte liegt. Auch macht von jener Regel das deutsche Recht keine Ausnahme, wie doch manche Rechtslehrer fälschlich behaupten, denn die sogenannten iura bannaria (Bannrechte), kraft welcher gewisse Bedürfnisse zu Begünstigung mancher Gewerbe nur an einem bestimmten Orte geholt werden dürfen, sind bloße Verbietungsrechte, kraft deren es den

Einwohnern gewisser Districte untersagt werden kann, sich mit bestimmten Lebensmitteln nach Willkühr an jedem Orte zu versorgen (Mahlzwang, Brauzwang rc.), hängen aber auf keine Weise mit dinglichen Rechten zusammen, weil sie zwar eine Beschränkung der Personen, aber nicht des Eigenthums enthalten, und die Frohnen, vermöge welcher die Besitzer gewisser Landgrundstücke zu Leistung persönlicher Dienste verbunden sind, können nur als Ueberbleibsel der früheren Leibeigenschaft betrachtet werden und gehören daher eben so wenig zum Begriffe der Servituten;

3) nur eine res *aliena* kann Gegenstand der Servitut seyn, daher der Grundsatz: res propria nemini seruit: L. 26. D. *de Seruit. praed. vrb.* und L. 5. pr D. *Si vsusfr. pet.* Wer nämlich an seiner eigenen Sache ein Recht ausübt, welches, wenn es von einem Andern ausgeübt würde, eine Servitut wäre, übt nur sein Eigenthum, aber keine Servitut aus;

4) die res aliena, welche den Gegenstand der Servitut ausmacht, muß corporalis seyn. An einer res *incorporalis*, also an einem Rechte, kann niemals eine Servitut gedacht werden, weil hieraus ein ius iuris entstehen würde, wobey man sich eine immerwährende Trennung des Rechtes selbst von dessen Ausübung vorstellen müßte, was schon darum unstatthaft ist, weil in einem solchen Falle das Recht selbst seinem Inhaber keinen Nutzen gewähren könnte. Daher die Regel: seruitus seruitutis cogitari non potest: L. 1. D. *de Vsu et vsufr.*

5) Die bey der Ausübung einer Servitut concurrirenden Personen heißen dominans: der Berechtigte, welchem die Servitut zusteht, und seruiens: Derjenige, zu dessen Nachtheile die Servitut existirt.

§. 447.

II. Rechtliche Natur der Servituten.

Ueber die rechtliche Natur der Servituten sind folgende Grundsätze zu merken:

1) da nach der Rechts-Präsumtion jedes Eigenthum ein unbeschränktes ist, so muß Der, welcher sich auf eine Servitut beruft, den Beweis derselben führen: L. 9. C. *de Seruit. et aqua*;

2) eine Servitut ist nur dann als gültig zu betrachten, wenn sie dem dominans wirklich einen Vortheil gewährt. Ungültig würde

daher z. B. eine Servitut seyn, kraft welcher der seruiens verpflichtet wäre, einen gewissen Theil seines eigenen Grundstückes niemals zu betreten: L. 15. pr. D. *de Seruit.*;

3) seruitutis debet esse caussa perpetua, d. h. jede Servitut muß so beschaffen seyn, daß die Ausübung derselben zu jeder Zeit, zu welcher sie, ihrer Natur nach, ausgeübt werden kann, möglich ist, wenn auch der Servient zu den einzelnen Acten der Ausübung keine Hülfe oder Dienste leistet: L. 28. D. *de Seruit. praed. vrb.* So kann z. B. die seruitus aquae ductus nicht gültig errichtet werden, wenn das abzuleitende Wasser aus einem Teiche kommen soll, weil das Ab- oder Zulassen des Teiches eine besondere Handlung erfordern würde, ohne welche die Ausübung der Servitut nicht möglich wäre. — Die caussa perpetua der Servituten darf aber nicht so verstanden werden, als ob die Ausübung derselben fortwährend und in jedem Augenblicke möglich seyn müsse, was bloß auf die städtischen Prädialservituten paßt, es giebt vielmehr Servituten, deren Ausübung, der Natur gemäß, nur zu gewissen Zeiten möglich ist, z. B. die seruitus pascendi. Sind aber diese Zeiten eingetreten, so muß auch eine solche Servitut caussam perpetuam haben;

4) die Servituten sind res *indiuiduae* (untheilbare Sachen), dergestalt, daß keine Servitut in partes intellectuales getheilt werden kann: L. 17. D. *de Seruit.*, denn die Ausübung derselben ist so solidarisch, daß eine Theilung den Begriff der Servitut aufheben würde. Doch giebt es eine einzige Ausnahme von dieser Regel: den vsusfructus, welcher unter mehreren Personen so getheilt seyn kann, daß jede derselben ein Drittheil, ein Viertheil zc daran ausübt: L. 19. D. *de Vsu et habit.* Vgl. auch L. 2. §. 2. u. L. 72. D. *de Verb. oblig.*;

5) die Ausübung der Servituten muß ciuiliter geschehen, d. h. der Servient darf durch dieselbe in seinem Eigenthume nur insoweit beschränkt werden, als dieß die Natur der Servituten mit sich bringt: L. 9. D. *de Seruit.* Wenn ich z. B. Jemandem die seruitus pascendi auf meinem Grundstücke bewillige, so habe ich dadurch noch nicht dem Rechte entsagt, mein eigenes Vieh, pascendi caussa, auf dasselbe Grundstück zu treiben. Endlich

6) Demjenigen, welcher eine Servitut erworben hat, müssen auch alle Mittel zu Gebote stehen, die zur Ausübung der Servitut erforderlich sind, und deshalb darf der seruiens dem dominans keine Hindernisse in den Weg legen: L. 10. D. *eod.*

§. 448.

III. Eintheilungen der Servituten.

1. in affirmatiuas und negatiuas: L. 15. §. 1. D. *de Seruit.*

Affirmatiuae: quae in patiendo consistunt, wie z. B. servitus pascendi.

Negatiuae: quae in non faciendo versantur, z. B. seruitus altius non tollendi.

Diese Eintheilung ist deshalb eine wissenschaftliche, weil über den Erwerb und Verlust der einen und der andern Gattung von Servituten verschiedene Rechte gelten, was ganz besonders in Hinsicht auf die Verjährung der Fall ist;

2. in reales und personales: L. 1. D. *eod.*

Reales s. *praediales* s. *praediorum*: quibus praedium seruit praedio. Diese haben das Eigenthümliche, daß ihr Gegenstand nur eine res immobilis seyn kann und daß sie auch nur einer solchen zustehen. Sie werden aber nach Beschaffenheit der Grundstücke selbst in vrbanas und rusticas getheilt, jenachdem sie an städtischen oder Feldgrundstücken bestellt sind: L. 198. D. *de V. S.* Die Realservituten setzen stets praedia *vicina,* d. h. solche Grundstücke voraus, welche nahe bey einander liegen, wenn sie auch nicht unmittelbar an einander angrenzen. Dieses Erforderniß gilt eben so wohl von den rusticis, als vrbanis: L. 5. §. 1. D. *de Seruit. praed. rust.* u. L. 12. D. *de Pignorib.* — Doch können die Realservituten ausnahmweise, durch Vertrag oder letzten Willen, auf die Person des Berechtigten beschränkt seyn, so daß sie nach dessen Tode wieder erlöschen, und hieraus ergiebt sich die Eintheilung derselben in regulares und irregulares: L. 4. D. *de Seruit. praed. rust.* Von den Realservituten läßt sich eine geschlossene Reihe nicht aufstellen, es können vielmehr, nach den verschiedenen örtlichen Verhältnissen und Bedürfnissen, täglich neue erfunden und nach Belieben der Contrahenten bestellt werden. Dahingegen ist die Zahl der Personalservituten eine bestimmte.

Personales: quibus vlla res corporalis seruit personae. Diese sind also keinesweges auf Grundstücke beschränkt, sondern können an jeder körperlichen Sache begründet werden, dafern nur dieselbe einen Nutzen gewährt: L. 1. D. *de Vsufr. ear. rer. quae vsu consum.* Nach R. R. giebt es überhaupt vier: 1) vsusfructus, 2) vsus. 3) habitatio und 4) operae seruorum.

3. in simplices und qualificatas: L. 20. §. 1. D. *de Seru. praed. vrb.*

Qualificatae: quae non nisi *opere manustructo* in praedio seruiente exerceri possunt, z. B. seruitus aquae ductus, zu deren Ausübung erst ein Canal gebaut werden muß, durch welchen das Wasser seinen Weg nehmen kann. Doch lasse man sich durch diesen Begriff nicht zu der Meynung verleiten, als ob dergleichen Servituten in faciendo bestünden, denn ihre Ausübung beginnt erst dann, wenn die Vorrichtung bereits fertig ist, die übrigens der dominans und nicht der seruiens herzustellen hat.

Simplices: quae statim vt adquisitae sunt, exerceri possunt, z. B. die seruitus pascendi.

4. in continuas und discontinuas: L. 7. D. *Quemadm. seru. amitt.*

Continuae: quae sua natura quouis momento exercentur, z. B. die seruitus oneris ferendi.

Discontinuae: quae sua natura certis tantum temporibus exerceri possunt, z. B. die seruitus pascendi.

Doch versteht man diese Eintheilung zuweilen auch so, daß man von der Natur der Servituten absieht und bloß unterscheidet, ob der Dominant berechtigt sey, die Servitut zu jeder Zeit auszuüben, oder ob er sich hinsichtlich der Zeit gewissen Beschränkungen unterwerfen müsse: L. 1. §. 3. D. *de Aqu. cott. et aest.*

Zweytes Capitel.

Von den verschiedenen Arten, auf welche die Servituten erworben werden können.

§. 449.

Wer kann eine Servitut bestellen?

Nur der Eigenthümer ist berechtigt, eine gültige Servitut zu bestellen: L. 6. pr. D. *Comm. praed.*, er möge nun ein voller oder ein nutzbarer Eigenthümer seyn: L. 1. D. *Quib. mod. vsusfr. am.*, obwohl im letztern Falle die Servitut nur so lange dauert, als das dominium vtile selbst, mithin resoluto iure constituentis erlischt: arg. L. 31. D. *de Pignorib.* (§. 440.) Daß

selbe gilt von derjenigen Servitut, welche von einem widerruflichen Eigenthümer bestellt worden ist, insofern dieser ein dominium reuocabile *ex tunc* hatte und der Widerruf erfolgt ist: L. 11. §. 1. D. *Quemadm. seruit. amitt.* (§. 163. und §. 404.) Wenn aber die Sache mehreren Miteigenthümern gemeinschaftlich angehört, so kann keiner derselben allein die Servitut bestellen, sondern es ist hierzu die Einwilligung der sämmtlichen Miteigenthümer erforderlich: L. 2. D. *de Seruit.* und L. 34. D. *de Seruit. praed. rust.* Ja, selbst der volle und alleinige Eigenthümer kann seine Sache mit keiner gültigen Servitut belasten, wenn er durch eine frühere Eigenthumshandlung diesem Rechte stillschweigend entsagt hat. Hierher gehört der Fall, daß der Eigenthümer sein Grundstück in Nießbrauch gegeben hat und die hierauf Bezug nehmende, vielbesprochene L. 15. in fin. D. *de Vsufr.*, wo die Worte: „proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario seruitutem imponere potest" keiner künstlichen Interpretation bedürfen, weil der Sinn derselben durch die darauf folgende L. 16. „nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem seruitutem vicino concesserit, ius sibi non esse, altius tollere" außer allen Zweifel gesetzt wird. Der vsufructuarius hat nämlich seinen Nießbrauch ohne alle Beschränkung auszuüben und kann verlangen, daß die Sache, so lange sein Nießbrauch dauert, in keiner Art ihre Gestalt verändere. Wenn aber der proprietarius das Recht hätte, dieser Sache Servituten aufzulegen, so würde er im Stande seyn, den bewilligten vsusfructus nach seinem Gutdünken zu schmälern oder aufzuheben. Daß aber eine solche Schmälerung sogar dann nicht geschehen darf, wenn der vsufructuarius einwilligt, hat seinen Grund darin, daß der vsusfructus selbst eine Servitut und als solche eine res individua ist (obwohl insofern theilbar, als er mehreren Personen zustehen kann), mithin eine partielle Aufhebung desselben nicht gedacht werden kann, vielmehr jede Schmälerung den ganzen Nießbrauch aufheben würde.

Nichteigenthümer (z. B. der vsufructuarius, der Pachter ꝛc.) können niemals eine gültige Servitut begründen, sondern nur temporäre Beschränkungen bewilligen, wie aus dem Bishergesagten von selbst hervorgeht, wohl aber ist die Bestellung von Servituten an solchen Sachen gültig, welche noch gar nicht existiren, wie z. B. in Hinsicht auf ein Haus, welches erst gebaut werden soll: L. 23. §. 1. D. *de Seruit. praed. vrb.* (§. 109.)

§. 450.

Wer kann eine Servitut erwerben?

Hier ist zwischen Personal- und Realservituten zu unterscheiden. Die ersteren kann Jeder erwerben, welcher überhaupt rechts- und erwerbsfähig ist, die letzteren aber, weil sie nur in Hinsicht auf ein Grundstück denkbar sind, bloß der Eigenthümer desjenigen Grundstückes, welches das praedium dominans wird: §. 3. Inst. *de Seruit. praed.* Doch reicht es hin, wenn dieser Eigenthümer ein dominus vtilis ist, wie ein emphyteuta oder superficiarius. Dagegen darf ein Richteigenthümer, z. B. der vsufructuarius, für das Grundstück, welches er besitzt, niemals gültiger Weise eine Servitut erwerben: L. 15. §. 7. D. *de Vsufr.*, wohl aber umgekehrt der proprietarius, selbst wider Willen des vsufructuarius: ibid. Endlich ist es unstatthaft, daß ein Miteigenthümer für das gemeinschaftliche Grundstück eine Servitut allein erwirbt, sondern er bedarf hierzu der Einwilligung der übrigen Miteigenthümer, weil die Realservitut durchaus untheilbar ist und daher auch nicht zu einem intellectuellen Antheile erworben werden kann: L. 19. D. *de Seruit. praed. rust.*

§. 451.

Von den Erwerbungsarten selbst:

1. Vertrag.

Servituten können auf eine fünffache Weise erworben werden, nämlich durch Vertrag, letzten Willen, Gesetz, richterliches Urtheil und Verjährung.

Der Vertrag unterscheidet sich von allen übrigen Arten dadurch, daß er zur Erwerbung der Servitut selbst noch nicht hinreichend ist, sondern die Erwerbung nur vorbereitet, so daß er zwar ein modus *constituendae*, nicht aber ein modus *adquirendae* seruitutis genannt werden kann. Denn ein Vertrag begründet nur ein obligatorisches Verhältniß, aus welchem unmittelbar ein dingliches Recht nicht hervorgehen kann. Soll also der Vertrag die beabsichtigte Wirkung äußern, so muß noch, in Folge desselben, die quasitraditio hinzutreten: L. vlt. D. *de Servit.* L. 1. §. vlt. D. *de Seruit. praed. rust.* und L. 3. pr. D. *de Oblig. et act.* Aus dem bloßen Vertrage wird daher bloß ein persönliches Recht, mithin bloß eine persönliche Klage (actio

in factum) erworben, welche gegen den Constituenten der Servitut auf die quasitraditio derselben, nämlich darauf angestellt wird, daß ihn dieser in den Stand setze, die Servitut auszuüben. Ist aber die quasitraditio erfolgt, d. h. hat der Dominant die Ausübung der Servitut ohne Widerspruch von Seiten des Servienten begonnen, so ist die Servitut als erworben anzusehen und nun erst kann der Dominant eine dingliche Klage (die actio confessoria) gegen Jeden gebrauchen, welcher die Servitut nicht anerkennen will. Freylich muß man bey negativen Servituten, deren Ausübung niemals sichtbar ist, eine *ficta* quasitraditio annehmen und den Anfang der Ausübung gleich nach geschlossenem Vertrage statuiren.

§. 452.

2. Letzter Wille.

Die vltima voluntas, durch welche eine Servitut erworben wird, kann jederzeit nur minus sollemnis seyn, weil sie sich auf eine einzelne, bestimmte Sache bezieht. Die Erwerbung selbst erfordert aber keine quasitraditio, vielmehr kann sich der Berechtigte gleich nach dem Tode des Testator als Dominanten ansehen und gegen Jeden, der ihn in der Ausübung der Servitut stören will, die actio confessoria gebrauchen: §. 4. Inst. *de Seruit. praed.* in Verb. mit §. 3. Inst. *de Heredit. quae ab intest.*

Aber sowohl durch Vertrag, als letzten Willen kann eine Servitut auch stillschweigend erworben werden, nämlich wenn Jemand auf einem von diesen beyden Wegen zu einer Sache gelangt, die ihm ohne eine bestimmte Servitut keinen Nutzen gewähren würde: L. 30. D. *de Vsufr.* Es vermacht z. B. der Eigenthümer eines Hauses, zu welchem ein Garten gehört, das erstere dem A., den letztern dem B. Hier ist anzunehmen, daß A. nicht nur das Haus, sondern mit demselben auch die seruitus ne luminibus und ne prospectui officiatur auf den Garten des B. erworben habe.

§. 453.

3. Richterliches Urtheil.

Durch richterliches Urtheil kann eine Servitut nur in einem einzigen Falle erworben werden und zwar nur eine Personalservitut, nämlich der vsusfructus. Diese Erwerbungsart setzt

ein iudicium diuisorium voraus, welches über eine res indiuidua anhängig geworden ist und welches der Richter dadurch entscheidet, daß er dem einen Interessenten die Proprietät, dem andern aber den vsusfructus an der bisher gemeinschaftlichen Sache zuspricht: L. 6. §. 1. D. *de Vsufr.* (§. 418.)

§. 454.

4. Das Gesetz selbst.

Nach der gewöhnlichen Meynung kann durch richterliches Urtheil nicht bloß der vsusfructus, sondern auch eine Realservitut erworben werden, welche in diesem Falle seruitus *necessaria* heißt. Wenn nämlich der Eigenthümer eines Grundstückes nicht anders auf dasselbe gelangen kann, als wenn er über ein fremdes Grundstück weggeht, der Eigenthümer des letztern aber sich dieß nicht gefallen lassen will, so kann jener von der Obrigkeit verlangen, daß sie ihm die seruitus viae, actus oder itineris auf dem fremden Grundstücke bestelle: L. 12. pr. D. *de Religios. et sumt.* — Aber die seruitus necessaria gründet sich nicht auf das richterliche Urtheil, sondern unmittelbar auf das Gesetz, zu dessen Handhabung der Richter aufgerufen wird. Doch ist die seruitus necessaria nicht die einzige Servitut, welche auf dem Gesetze beruht, dieß kann vielmehr auch in verschiedenen Fällen beym vsusfructus Statt finden, wovon unten in der Lehre vom Nießbrauch die Rede seyn wird.

§. 455.

5. Verjährung:

a. Unterschied von der Translativ-Verjährung.

Die Verjährung, welche hierher gehört, ist eine praescriptio *constitutiua*, weil durch sie ein anderes dingliches Recht, als das volle Eigenthum erworben wird. Diese weicht von der praescriptio *translatiua* insofern bedeutend ab, als bey ihr zwey Haupterfordernisse der Translativ-Verjährung wegfallen, nämlich der iustus titulus und die bona fides, auch die scientia eius, contra quem praescribitur (§. 422.) nicht zur Sprache kommen kann. Was nun

1) den iustus titulus betrifft, so hat die L. 10. D. *Si servit. vind.* und das c. 1. *de Praescr. in VI.* ausdrücklich erklärt, daß es desselben nicht bedürfe, was wohl auch deswegen sehr na-

türlich ist, weil hier ein iustus titulus nur dann vorkommen könnte, wenn der Verjährende die Servitut entweder durch Vertrag oder durch letzten Willen von einem Nichteigenthümer erworben hätte, hieraus aber folgen würde, daß gegen den Eigenthümer selbst niemals eine Servitut durch Verjährung erworben werden könnte. Und eben dieser Umstand hat manche Juristen zu der willkührlichen Distinction verleitet, daß, wenn Jemand eine Servitut gegen den Nichteigenthümer verjähre, ein iustus titulus erforderlich sey, wenn aber die Verjährung gegen den Eigenthümer gerichtet werde, der titulus wegfallen könne. Von dieser Distinction wissen aber die Quellen gar nichts.

2) Die bona fides ist zur Verjährung der Servituten eben so wenig erforderlich, weil

a. wenn der iustus titulus fehlt, nur selten eine bona fides vorkommen wird,

b. die Quellen über die bona fides bey der Constitutiv-Verjährung gänzlich schweigen und

c. der vom Röm. und can. Rechte aufgestellte Begriff der bona fides, nämlich: opinio dominii, keinesweges auf die constitutive Verjährung paßt.

§. 456.

b. Erfordernisse dieser Verjährung.

Nach dem Bisshergesagten wird zur constitutiven Verjährung der Servituten nichts weiter erfordert, als iusta quasipossessio seruitutis per tempus legitimum continuata. Hierher gehört:

1) quasipossessio: die wirkliche Ausübung derjenigen Servitut, welche durch Verjährung erworben werden soll. (§. 389.) Diese Ausübung muß aber auch mit dem animus geschehen seyn, das fragliche Recht als Servitut auszuüben, also nicht in der Meynung, daß man das Recht an einer eigenen Sache ausübe: L. vlt. D. *Quemadm. seruit. amitt.* (§. 396.), oder daß der Eigenthümer die Ausübung des fraglichen Rechtes auf eine bestimmte Zeit oder für gewisse Fälle gestattet habe: L. 1. §. 6. u. L. 7. D. *de Itin. actuq. priu.*

Die wichtigste Frage ist aber die, auf welche Art sich die quasipossessio seruitutis äußere? Hier ist zwischen affirmativen und negativen Servituten zu unterscheiden. Bey jenen

beginnt die quasipossessio mit dem ersten Acte der Ausübung, also mit einer sichtbaren Handlung, z. B. wenn Jemand über ein fremdes Grundstück zum ersten Male wegfährt, bey letztern aber, deren Ausübung niemals sichtbar ist, tritt die quasipossessio nicht eher ein, als wenn der künftige Servient eine Eigenthumshandlung hat vornehmen wollen, der künftige Dominant aber ihm diese Handlung untersagt und der künftige Servient sich bey diesem Verbote beruhigt hat. So macht z. B. der Eigenthümer eines Hauses Anstalt, dasselbe höher zu bauen, der Nachbar untersagt ihm dieses und jener leistet Folge. Hier beginnt die quasipossessio der seruitus altius non tollendi. (Vgl. §. 395.)

2) Die quasipossessio seruitutis muß iusta seyn: L. 10. pr. D. *Si seruit. vind.* Dieß ist aber nicht so zu verstehen, als ob die quasipossessio auf einem iustus titulus beruhen, oder mit der bona fides verknüpt seyn müßte (§. 391.), sie ist vielmehr diejenige Ausübung des fraglichen Rechts, welche weder vi, noch clam, noch precario geschieht. (§. 391.)

3) Die quasipossessio seruitutis muß während der gesetzlichen Verjährungszeit von 10 Jahren inter praesentes oder 20 Jahren inter absentes ununterbrochen fortgesetzt worden seyn, d. h. der Verjährende darf bey der Ausübung der Servitut von dem künftigen Servienten kein einziges Mal gestört worden seyn: L. 4. §. 27. D. *de Vsurp.* Doch ist dieß nicht so zu verstehen, als ob die Ausübung selbst eine fortwährende seyn müsse, was bey manchen Servituten ganz unmöglich ist und darum irren auch diejenigen Juristen, welche für die seruitutes *discontinuas* die unvordenkliche Verjährung vorschreiben, was wohl aus einer fehlerhaften Ansicht über die caussa perpetua der Servituten zu erklären ist.

Endlich ist noch zu bemerken, daß es auch bey der constitutiven Verjährung der Servituten eine accessio possessionis giebt (§. 426.), so daß der Nachfolger die von dem Eigenthümer eines Grundstückes begonnene Servituten-Verjährung unter den rechtlichen Erfordernissen fortsetzen und gültig beendigen kann: L. 3. §. 2. D. *de Itin. actuq. priu.* Auch kommt bey Erwerbung der Servituten eine praescriptio *extraordinaria* von 30 und 40 Jahren vor, wie z. B. gegen Minderjährige, gegen Kirchen rc. und nicht nur Real- sondern auch Personal-Servituten können Gegenstände der Verjährung seyn.

Drittes Capitel.

Von den Realservituten in's Besondere.

Erste Abtheilung.

Von den vornehmsten und gewöhnlichsten Beyspielen derselben.

I. Seruitutes vrbanae.

§. 457.

1. Seruitus oneris ferendi et tigni immittendi.

Es ist bereits oben (§. 448.) gesagt worden, daß es von den Realservituten keine geschlossene Reihe giebt und man sich daher in der Wissenschaft mit den wichtigsten und gangbarsten Beyspielen begnügen muß. Was nun in's Besondere die seruitutes *vrbanas* betrifft, so werden dieselben in den Quellen gewöhnlich paarweise aufgeführt, entweder wegen der gegenseitigen Beziehung, in welcher sie zu einander stehen, oder wegen der Aehnlichkeit, in welcher sie sich begegnen.

Seruitus oneris ferendi: qua seruiens pati debet, tectum, vel aliud onus praedii dominantis suo pariete suaue columna fulciri. Der Nutzen dieser Servitut besteht darin, daß sich der dominans die zweyte Mauer ersparen kann. Wird nun die Mauer, auf welcher das praedium dominans ruht, schadhaft, so ist der Servient zur Ausbesserung verbunden, er müßte denn die Mauer derelinquiren: L. 6. §. 2. D. *Si seruit. vind.* — Sollte jedoch zum Zwecke der Reparatur ein Stützen des praedium dominans nothwendig werden, so hat dafür allerdings der Dominant zu sorgen: L. 8. pr. D. *eod.*

Seruitus tigni immittendi: qua seruiens patitur, tignum praedii dominantis cum suo pariete ita coniungi, vt in ipso requiescat. Diese Servitut unterscheidet sich von der vorigen dadurch, daß hier bloß von dem Einziehen eines oder mehrerer Balken, nicht vom Auflegen eines Daches oder eines Theiles vom Gebäude die Rede ist. Werden die Balken mit der Zeit unbrauchbar, so steht es dem Dominanten frey, neue einzuziehen, denn die Servitut wird zum Besten des Grundstückes, also für immer be-

stellt: arg. L. 11. pr. in fin. D. *Quemadm. seruit. amitt.*, aber es dürfen in diesem Falle nicht mehr und die gesetzte Zahl darf nicht an andern Orten eingezogen werden: L. 14. D. *Si seruit. vind.*

§. 458.

2. Seruitus proiiciendi et protegendi.

Seruitus proiiciendi: qua dominans super fundo seruiente *moeniana* habere potest. (Erker, Balcon, Altan, Gallerie.)

Seruitus protegendi: ius dominantis, super fundo seruiente *suggrundia* habendi. (Wetterdächer.)

Beyde Servituten bewirken eine Beschränkung des nachbarlichen Luftrechts. Unter Luftrecht ist aber das Befugniß jedes Grundeigenthümers zu verstehen, über den ganzen Höhenraum, der sich über dem Bereiche seines Grundstückes befindet, frey zu verfügen und also jeden Gegenstand zu beseitigen, der sich in diesem Raume befindet. Wenn also Jemand von seinem Grundstücke aus irgend etwas in den Luftraum des Nachbars hinausbauen will, so bedarf er dazu einer Servitut: L. 242. §. 1. D. *de V. S.* und L. 2. D. *de Seruit. praed. vrb.*

§. 459.

3. Seruitus altius tollendi et non tollendi.

a. Seruitus altius tollendi. Diese Servitut ist von jeher ein Zankapfel der Juristen gewesen und es existiren darüber drey verschiedene Meynungen:

1) Die Meisten berufen sich auf die L. 21. D. *de Seruit. praed. vrb.* und erklären die seruitus altius tollendi durch die restituta libertas. Nämlich der Eigenthümer eines Hauses war kraft der seruitus altius *non* tollendi verhindert, sein Haus höher zu bauen, als es ursprünglich gewesen. Er erlangt aber später vom dominans die Befreyung von dieser Servitut und soll nun hierdurch die seruitus altius tollendi erworben haben. Es bedarf aber keiner Erklärung, daß in diesem Falle von der Erwerbung einer Servitut gar keine Rede seyn kann, indem vielmehr das Gegentheil davon eintritt, nämlich die natürliche Freyheit.

2) Andere wollen aus der L. 7. D. *Si seruit. vind.* die Ansicht ableiten, daß die seruitus altius tollendi das Recht sey,

ein neues Stockwerk auf das praedium seruiens zu setzen. Allein, abgesehen davon, daß diese Meynung durch das angeführte Gesetz gar nicht begründet wird, ergiebt sich das Unrichtige derselben aus der Natur der Sache. Denn wenn Jemand auf ein fremdes Haus ein neues Stockwerk baut, so ist dieß inaedificatio, durch welche der Eigenthümer des Hauses auch das Eigenthum des neuen Stockwerkes erwirbt und es könnte in einem solchen Falle der Bauende höchstens die Personal-Servitut der habitatio durch besondern Vertrag erwerben.

3) Die richtige Meynung ist in der Aufhebung einer gesetzlichen Beschränkung des Eigenthums zu suchen. Schon August hatte die Höhe der Gebäude in der Stadt Rom auf 70, Trajan auf 60 Fuß festgesetzt und der Kaiser Zeno verordnete ausdrücklich, daß diese gesetzliche Höhe nicht überschritten werden dürfe, weil außerdem dem Nachbar Licht und Luft entzogen werden könnte: L. 12. §. 1. C. *de Aedif. priu.* Dieses Gesetz ist für den vorliegenden Begriff völlig entscheidend, besonders da es den Zusatz enthält, daß es dem Nachbar allerdings frey stehe, das Höherbauen zu gestatten, ein Beweis, daß jene Gesetze über die Höhe der Häuser keine Polizeygesetze und überhaupt keine öffentlichen, sondern Privatgesetze gewesen sind, welche durch Vertrag, letzten Willen oder Verjährung recht wohl geändert werden konnten. Daher ist

Seruitus altius tollendi: qua dominans aedes suas altius exstruere potest, quam leges constituunt.

b. *Seruitus altius non tollendi:* qua seruiens prohibetur, aedes suas altius exstruere, quam nunc sunt. Ueber den Begriff dieser Servitut ist gar kein Zweifel: §. 1. Inst. *de Seruit praed.* und L. 2. 12. u. 21. D. *de Seruit. praed. vrb.*

§. 460.

4. Seruitus fluminis aut stillicidii recipiendi vel non recipiendi.

Dasjenige Regenwasser, welches, ohne eine bestimmte Richtung zu bekommen, von einem Dache herabträufelt, heißt stillicidium, dasjenige aber, welches durch Rinnen oder Röhren läuft, also seinen Weg nach einem ihm vorgeschriebenen Ziele nimmt, wird flumen genannt.

Seruitus fluminis vel stillicidii recipiendi: qua seruiens cogitur, vt flumen vel stillicidium praedii dominantis in suum fundum recipiat: §. 1. Inst. *de Seruit. praed.* u. L. 2. u. L. 20. §. 3—6. D. *de Seruit. praed. vrb.*

Seruitus fluminis vel stillicidii non recipiendi: qua seruiens prohibetur, quo minus flumen vel stillicidium praedii sui in hoc ipsum recipiat: §. 1. Inst. *de Seruit. praed.*

Diese beyden Servituten sind einander vollkommen entgegengesetzt. Der erstern bedarf Derjenige, welchem es daran gelegen ist, das Regenwasser von seinem Grundstücke entfernt zu halten, der letztern Der, welcher aus irgend einer Ursache, vielleicht wegen seines Gewerbes, viel Regenwasser auf seinem Grundstücke gebraucht und darum das des Nachbars, noch außer dem seinigen, in Anspruch nimmt.

§. 461.

5. Seruitus luminum vel prospectus et ne luminibus vel prospectui officiatur.

Lumina werden im R. R. dem prospectus entgegengesetzt, wie die foramina den fenestris. Bey jenen ist es nur auf Licht abgesehen, welches man in einem Gebäude, z. B. auf einer Treppe braucht, bey letztern aber ist mit dem Zwecke des Lichtes auch der der Aussicht verbunden.

Seruitus luminum vel prospectus: qua dominans in pariete *vicino* vel *communi* foramina aut fenestras habere potest: L. 40. D. *de Seruit. praed. vrb.*

Seruitus ne luminibus vel prospectui officiatur: qua dominans seruientem prohibere potest, quominus suis luminibus suoue prospectui aliquid obstruat: L. 3. 15. u. 16. D. *eod.*

§. 462.

6. Seruitus cloacae, sterquilinii et fumi immittendi.

Seruitus cloacae: qua dominus cloacam praedii sui per fundum seruientem ducere potest: L. 7. D. *de Seruit.* Diese Servitut besteht in dem Rechte, eine Schleuße durch das Nachbarhaus zu ziehen.

Seruitus sterquilinii: qua dominans ad parietem praedii servientis sterquilinium habere potest: L. 17. §. 2. D. *Si seruit.*

vind. Kraft dieser Servitut kann Jemand eine Senkgrube unmittelbar an der Mauer des Nachbars anlegen, ohne für den Schaden verantwortlich zu seyn, welcher derselben dadurch zugefügt wird.

Seruitus fumi immittendi: qua dominans fumum praedii sui in aedificium seruientis deducere potest: L. 8. §. 5. D. *eod.*

II. Seruitutes rusticae.

§. 463.

1. Seruitus itineris, actus et viae.

Seruitus itineris: ius dominantis, super fundum seruientem eundi, equo et lectica vehendi (Fußweg, Fußsteig): L. 7. pr. u. L. 12. D. *de Seruit. praed. rust.*

Seruitus actus: ius dominantis, super fundum seruientem iumenta agendi et vehiculum ducendi (Uebertrifft): L. 7. pr. u. L. 12. *cit.*

Seruitus viae: ius dominantis, super fundum seruientem curru vehendi et *onera trahendi*: pr. Inst. *de Seruit. praed.* — L. 23. pr. D. *de Seruit. praed. rust.* — L. 13. D. *de Seruit.*

Das Verhältniß, in welchem diese drey Servituten zu einander stehen, beruht auf dem Grundsatze: cui plus licet, quod minus est, etiam licebit, so daß die seruitus viae auch die beyden ersteren Servituten enthält und die erste auch stets in der zweyten begriffen ist: pr. Inst. *de Seruit. praed.*

Wenn nun bey Bestellung einer dieser Servituten das ganze praedium seruiens zum Gegenstande der Dienstbarkeit gemacht worden ist, so steht es dem dominans frey, welchen Weg er über das praedium seruiens einschlagen will und er kann nach Belieben damit wechseln: L. 13. §. 1. D. *de Seruit praed. rust.* Ist aber eine so umfassende Bewilligung nicht erfolgt, so darf der dominans jederzeit nur einen bestimmten Weg über das dienende Grundstück nehmen und denselben nicht verlassen. Dieser Weg ist entweder bey Bestellung der Servitut bezeichnet worden, oder dieses geschieht, wenn sich die Interessenten nicht vereinigen können, durch den Richter: L. 13. *cit.* §. 3.

Was aber in's Besondere die via betrifft, so ist die Breite derselben schon nach den zwölf Tafeln bestimmt: octo pedes in porrecto, sedecim in anfracto, d. h. in der geraden Linie

muß der Fahrweg 8 Fuß breit seyn, hingegen im Winkel, wo er sich wendet, 16 Fuß: L. 8. D. *de Seruit. praed. rust.* u. L. 6. in fin. D. *Quemadm. seruit. amitt.* — Endlich ist die via auch zu Wasser denkbar, daher die seruitus nauigandi, kraft welcher der dominans auf dem Kahne über das flumen priuatum, den Teich oder See des seruiens fahren darf: L. 23. §. 1. D. *de Seruit. praed. rust.*

§. 464.

2. Seruitus pascendi.

Seruitus pascendi (Hutungsrecht): qua dominans pecus suum pascendi caussa in praedium seruiens agere potest: L. 1. §. 1. D. *de Seruit. praed. rust.* Ueber diese Servitut sind besonders nach den heutigen Particularrechten noch folgende Grundsätze zu merken:

1) die seruitus *pascendi* ist, wie sich von selbst versteht, jedenfalls mit der seruitus *actus* verknüpft, obwohl das umgekehrte Verhältniß nicht immer Statt findet,

2) die seruitus pascendi kann nur mit demjenigen Vieh ausgeübt werden, welches zum praedium dominans gehört, aber dieses kann allerdings in seiner vollen Zahl aufgetrieben werden, wenn nicht durch Vertrag etwas Anderes festgesetzt ist,

3) diese Servitut darf nur in offenen Zeiten ausgeübt werden, d. h. nur dann, wenn die Früchte, welche der Hutungsplatz trägt, abgeärndtet worden sind,

4) die seruitus pascendi schließt keinesweges das Recht des Servienten aus, auch sein Vieh, zugleich mit dem des dominans, auf den bestimmten Hutungsplatz zu treiben, und dieses Recht des Servienten wird ius compascendi genannt, welches also nicht als Servitut, sondern nur als ein ganz natürlicher Bestandtheil des Eigenthums anzusehen ist. Vgl. L. 13. §. 1. D. *Comm. praed.* — Sollte die Hutung für das Vieh beyder Interessenten nicht ausreichen, so tritt die richterliche Entscheidung ein, es müßte denn der dominans zu einer bestimmten Anzahl berechtigt seyn, in welchem Falle der Servient zurücktreten muß.

5) Mit dem ius compascendi darf aber das sogenannte *compascuum* (die Koppelhutung) nicht verwechselt werden: seruitus-

pascendi reciproca. Dieß ist nämlich dasjenige Hutungsrecht, welches die Eigenthümer zweyer oder mehrerer Felder einander gegenseitig auf ihren Grundstücken bewilligen, wodurch bey der topographischen Lage der letztern die außerdem unvermeidlichen Streitigkeiten unter den Nachbarn vermieden werden. Endlich

6) bey der seruitus pascendi darf der Servient auf dem dienstbaren Grundstücke nichts vornehmen, wodurch das Recht des dominans geschmälert werden würde, namentlich darf er die zur Hutung bestimmten Plätze nicht umpflügen und zur Cultur bringen.

§. 465.

Andere Beyspiele.

3. *Seruitus aquae ductus*: qua dominans e praedio seruiente vel per hoc ipsum in vtilitatem praedii sui aquam ducere potest: L. 1. pr. D. *de Seruit. praed. rust.*

4. *Seruitus aquae haustus*: qua dominans aquam in praedio suo necessariam e fonte praedii seruientis haurire potest: §. 2. Inst. *de Seruit. praed.* Diese Servitut umfaßt jederzeit die seruitutem itineris, als eine seruitutem necessariam.

5. *Seruitus pecoris ad aquam adpulsus*: qua dominans pecus suum ad fontem praedii seruientis bibendi caussa agere potest: L. 4. D. *de Seruit. praed. rust.*

Noch andere Beyspiele sind die seruitus arenae fodiendae, cretae eximendae, calcis coquendae, lapidicinarum etc.

Zweyte Abtheilung.

Von dem Verluste der Realservituten.

§. 466.

1. Durch Verjährung.

Die Verjährung, durch welche eine Servitut verloren geht, ist die praescriptio *exstinctiua*. Diese ist aber bey den Realservituten, von welchen hier allein gehandelt wird, von verschiedener Natur, jenachdem seruitutes *vrbanae* oder *rusticae* in Frage stehen.

1. Seruitutes *vrbanae* können nicht anders durch Verjährung erlöschen, als wenn eine vsucapio libertatis Statt gefunden hat,

d. h. eine Handlung des seruiens, durch welche derselbe an den Tag gelegt hat, daß er die Servitut nicht mehr anerkenne, sondern sich der natürlichen Freyheit seines Eigenthums bedienen wolle, also: ein factum seruituti contrarium. Dieses factum ist aber wieder verschieden, jenachdem die seruitutes entweder *adfirmatiuae* oder *negatiuae* sind. Bey adfirmativen Servituten besteht die vsucapio libertatis in der destructio operis, d. h. darin, daß der Servient diejenige Vorrichtung zerstört, welche zur Ausübung der Servitut unentbehrlich ist, z. B. daß er eine Mauer, die bisher dem praedium dominans zur Stütze diente, einreißt oder den Balken, welcher in der Mauer des dienenden Grundstückes ruht, herauswirft: L. 6. sub fin. D. *de Seruit. praed. vrb.* Hingegen bey negativen Servituten zeigt sich die vsucapio libertatis darin, daß der Servient diejenige Ausübung seines Eigenthums vornimmt, welche er, kraft der Servitut, hätte unterlassen sollen, z. B. daß er im Widerspruche mit der seruitus altius non tollendi, sein Haus dennoch höher baut, als es jetzt ist: L. 6. *cit.*

2. Seruitutes *rusticae* erfordern keine vsucapio libertatis, sondern gehen durch den bloßen nonusus (Nichtgebrauch) verloren: L. 18. D. *de Seruit. praed. rust.*

Der Grund dieses Unterschiedes ist darin zu suchen, daß die Ausübung der seruitutes *rusticae* in einzelnen, positiven Handlungen des dominans besteht, welcher, wenn er diese Handlungen unterläßt, sattsam an den Tag legt, daß er auf sein Recht Verzicht geleistet habe, dahingegen die seruitutes *vrbanae* zu jedem Augenblicke und fortwährend ausgeübt werden, weshalb denn erst eine besondere Handlung von Seiten des seruiens erfolgen muß, durch welche derselbe die natürliche Freyheit seines Eigenthums wieder geltend macht: L. 32. §. 1. in fin. D. *de Seruit. praed. vrb.*

Die Zeit der erstinctiven Verjährung ist sowohl bey städtischen, als Feldservituten dieselbe, nämlich die Zeit von 10 Jahren inter praesentes oder von 20 Jahren inter absentes: L. 13. C. *de Seruit. et aqu.* Während dieser Zeit muß der Dominant die Servitut nicht ausgeübt haben: ibid.

§. 467.

Uebrige Beendigungsarten.

2. Lapsus temporis, wenn die Servitut bloß auf eine bestimmte Zeit bestellt worden war: §. 2. Inst. *de Verb. oblig.* u. L. 44. §. 1. D. *de Oblig. et act.*

3. Exsistens conditio resolutiua: L. 11. §. 1. D. *Quemadm. seruit. amitt.*

4. Resolutum ius constituentis: §. 1. *cit.*

5. Consolidatio, nämlich wenn das praedium dominans und seruiens in dem Eigenthume einer und derselben Person vereinigt werden, denn es gilt die Rechtsregel: res propria nemini seruit. Vgl. L. 5. pr. D. *Si vsusfr. pet.* Wenn nun diese Vereinigung unwiderruflich geschehen ist, so hört die Servitut dergestalt auf, daß sie von selbst nie wieder aufleben kann. Erhalten also die vereinigten Grundstücke späterhin wieder verschiedene Eigenthümer, so wird zur Existenz der Servitut eine neue Bestellung erfordert: L. 30. pr. D. *de Seruit. praed. vrb.* War aber die Vereinigung eine widerrufliche, so lebt durch den Widerruf auch die Servitut wieder auf: arg. L. 4. §. 3. D. *de In diem addict.*

6. Totalis interitus praedii vel seruientis vel dominantis: L. 24. D. *Quib. mod. vsusfr. amitt.* Sollte aber die zerstörte Sache wieder hergestellt werden, so lebt die Servitut wieder auf: arg. L. 20. §. 2. D. *de Seruit. praed. vrb.*

7. Remissio. Diese kann sowohl ausdrücklich, als stillschweigend geschehen. Der letztere Fall tritt stets dann ein, wenn der Dominant dem Servienten eine Handlung gestattet, durch welche die fernere Ausübung der Servitut unmöglich wird: L. 8. D. *Quemad. seruit. amitt.*, wie z. B. wenn der Dominant, welchem die seruitus pascendi zusteht, dem Servienten erlaubt, das dienstbare Grundstück umzupflügen.

Keineswegs aber erlöschen die Realservituten durch den Tod des Berechtigten, wenn dieß nicht besonders ausgemacht ist: L. 4. D. *de Seruit. praed. rust.* und eben so wenig durch Mißbrauch von Seiten des dominans, welcher vielmehr bey Ausübung seiner Servitut auf die gesetzlichen Grenzen zu verweisen ist: L. 11. pr. D. *Quemad. seruit. amitt.*

Viertes Capitel.

Von den Personal-Servituten in's Besondere.

Erste Abtheilung.

Vom Vsusfructus.

I. Begriff und Eintheilungen.

§. 468.

1. Begriff.

Bey den Personal-Servituten ist zuvörderst die Eigenthümlichkeit zu bemerken, daß sie iura personalissima (rein oder höchst persönliche Rechte) sind, welche mit dem Tode des Berechtigten erlöschen: L. 3. §. vlt. D. *Quib. mod. vsusfr. amitt.* Die Personal-Servituten können daher, als solche, niemals auf die Erben übergehen und selbst wenn der proprietarius diesen Uebergang gestattet hat, beginnt mit Eintreten des Erben ein neuer vsusfructus: L. 38. §. 12. D. *de Verb. oblig.*

Die seruitutes personales, welche noch heut zu Tage vorkommen, sind der vsusfructus, der vsus und die habitatio.

Vsusfructus (Nießbrauch, Nutznießung): seruitus personalis, qua quis ex re aliena omnem cuiuscumque generis vtilitatem, salua tamen rei substantia, percipere potest.

Die Erfordernisse dieses Begriffes sind folgende:

1) er wird, als eine Servitut, stets an einer res aliena ausgeübt: L. 5. pr. D. *Si Vsusfr. pet.*,

2) er ist an die Person des Berechtigten gebunden, so daß dieser ihn auf keinen Andern übertragen kann, obwohl es ihm gestattet ist, sein Recht durch einen Andern ausüben zu lassen: L. 12. §. 2. D. *de Vsufruct.*,

3) er ist die umfassendste Servitut, die man sich denken kann, denn er begreift alle fructus im eigentlichen Sinne, d. h. alle wirkliche Nutzungen, die die Sache trägt, so weit dieß unbeschadet der Sache selbst geschehen kann: L. 1. D. *eod.* Darum ist in diesem Rechte nicht nur derjenige Nutzen enthalten, welchen die Sache ihrer Natur nach hervorbringt, sondern es bezieht sich auch auf alle Vortheile, welche man dem Verkehre zu verdanken hat,

also auf die fructus ciuiles, wohin besonders das Mieth- und Pachtgeld gehört: L. 12. §. 2. D. *eod.* Endlich

4) der Nießbrauch muß salua rei substantia ausgeübt werden: L. 1. D. *de Vsufr.* Weil nun der vsufructuarius nicht über die Substanz der Sache verfügen kann, so steht ihm natürlich auch kein Veräußerungsrecht zu, es möge die Veräußerung im engern oder weitern Sinne verstanden werden: L. 15. D. *Fam. ercisc.* — L. 15. §. 7. D. *de Vsufr.* — Er muß vielmehr die Sache so benutzen, daß er sie, nach Beendigung des Nießbrauches, in eadem specie zurückgeben kann, denn im entgegengesetzten Falle findet ein abusus Statt, wegen dessen er dem proprietarius verantwortlich bleibt: L. 15. *cit.* §. 3.

§. 469.

2. Eintheilungen:
a. in verum und quasiusumfructum.

Diese Grundeintheilung des vsusfructus bezieht sich auf den Gegenstand desselben, ist aber völlig unlogisch.

Verus vsusfructus: qui in rebus *nec fungibilibus* exercetur.

Quasiususfructus: cui res *fungibiles* obnoxiae sunt: L. 1. D. *de Vsufr. ear. rer. quae vsu consum.* Dieser letztere Begriff ist ein monstrum, weil er einen solchen Nießbrauch bezeichnet, welcher nicht salua rei substantia ausgeübt werden kann. Es fehlt ihm daher das essentiale der Servitut, denn er wird nicht an einer res *aliena*, sondern an einer res *propria* ausgeübt, indem der Empfänger von rebus fungibilibus bekanntlich Eigenthümer derselben durch die Uebergabe wird. (§. 278.) Hierzu kommt aber auch noch, daß der quasiususfructus nicht von dem mutuum (Darlehnscontrakte) unterschieden werden kann, denn keiner der Unterschiede, welche die Juristen angeben, hält die Probe aus. Man sagt nämlich:

1) das mutuum werde auf eine bestimmte Zeit eingegangen, dahingegen der quasiususfructus auf Lebenszeit zustehe. Aber das mutuum kann ja auch auf Lebenszeit eingegangen und der quasiususfructus auf eine kürzere bestellt werden,

2) das mutuum sey mit der Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung verbunden, welche beym quasiususfructus nicht vorkomme. Aber das mutuum ist ein negotium gratuitum, weshalb die Zinsen keinesweges zum Begriffe des mutuum gehören,

3) das mutuum bringe, weil es ein Contrakt sey, nur ein persönliches Recht (ius ad rem) hervor, der quasiususfructus hingegen, als Servitut, ein dingliches (ius in re). Aber hier sind die Personen verwechselt. Nämlich der mutuatarius (der Empfänger des Darlehns oder Schuldner) muß mit dem quasiusufructuarius verglichen werden und Beyde haben dasselbe Recht an der fraglichen Sache, nämlich das Eigenthum,

4) bey jedem quasiususfructus müsse in der Regel eine Caution geleistet werden, welche beym mutuum wegfalle. Aber die cautio vsufructuaria ist kein essentiale des vsusfructus und kann erlassen werden und von der andern Seite steht es jedem Darleiher frey, sich zur Sicherheit des geliehenen Capitales eine Caution bestellen zu lassen. Endlich

5) das mutuum könne in keinem Falle durch das Gesetz selbst entstehen, was doch beym quasiususfructus Statt finde. Aber bey Vergleichung zweyer Begriffe hat man das Gegebene und schon Bestehende, nicht aber den Ursprung derselben in's Auge zu fassen.

Trotz der hierdurch bewiesenen Unstatthaftigkeit des quasiususfructus hat ihn dennoch das R. R. als eine Servitut anerkannt. Dieß geschah durch ein SCtum, welches wahrscheinlich noch unter August gegeben worden ist, weil es sich unmittelbar auf die lex Iulia et Papia Poppaea bezieht, durch welche bekanntlich den ehe- und kinderlosen Personen untersagt wurde, die Proprietät irgend einer Sache durch letzten Willen zu erwerben. Die Testatoren nun, welche dennoch solchen Personen einen Vortheil zuwenden wollten, vermachten ihnen den Nießbrauch gewisser Gegenstände und da es vorkommen konnte, daß ein Testator nur über res *fungibiles* zu disponiren hatte, so erhob man auch diese zu Gegenständen des vsusfructus: §. 2. Inst. *de Vsufr.* Es können daher alle res fungibiles, wie Geld, Wein, Oel, Getraide rc. ja sogar nomina (Schuldforderungen), weil diese an die Stelle des Geldes treten, unbezweifelt in Nießbrauch gegeben werden: L. 3. D. *de Vsufr. ear. rer. quae vsu consum.* Nur über die Kleider streitet man, weil der Nießbrauch an denselben in den Institutionen: §. 2. *de Vsufr.* ein quasiususfructus, in den Pandekten aber: L. 15. §. 4. *eod.* ein verus genannt wird. Doch läßt sich diese Antinomie dadurch beseitigen, daß man das letztere Gesetz, in welchem der Nießbrauch der Kleider aus einem letzten Willen hervorgeht, auf eine specielle Dis-

position des Testators bezieht, welcher für den Gebrauch der Kleider und für die Zeit desselben solche Bedingungen gestellt hatte, unter denen, nach beendigtem vsusfructus, dieselben Kleider zurückgegeben werden konnten.

§. 470.

b. In conuentionalem, testamentarium und legalem.

Diese Eintheilung bezieht sich auf die Entstehungsarten des Nießbrauchs, ist aber nicht erschöpfend, weil der letztere auch in der Verjährung und in einem richterlichen Urtheile seinen Ursprung haben kann. Was nun aber die Entstehungsarten selbst betrifft, so ist über dieselben folgendes zu bemerken:

1) Vertrag, daher: vsusfructus conuentionalis s. pactitius. Auch beym vsusfructus ist, wie bey den übrigen Servituten, der bloße Vertrag zur Erwerbung desselben nicht hinreichend, sondern diese letztere geschieht erst durch die auf den Vertrag folgende quasitraditio (§. 451.), welche jedoch hier das Eigenthümliche hat, daß ihr die vera traditio der dem Nießbrauch unterworfenen Sache in der Regel vorangehen muß, weil der vsufructuarius sein Recht nicht eher ausüben kann, als wenn er sich im Besitze der fraglichen Sache befindet;

2) das Gesetz selbst. Die Personen, welche den vsusfructus unmittelbar dem Gesetze verdanken, sind

a. der Vater an dem peculium aduentitium ordinarium seiner Kinder: L. 1. C. *de Bon. matern.* — §. 1. Inst. *Per quas pers. cuiq. adquir.* (§. 323.)

b. der Ehegatte, welcher zur zweyten Ehe übergegangen ist, an den lucris nuptialibus: L. 3. u. 5. C. *de Sec. nupt.* (§. 303.)

c. der arme Ehegatte an dem ihm zufallenden Pflichttheile, wenn er bey der Succession in die Güter des verstorbenen Ehegatten mit Kindern aus derselben Ehe concurrirt: Nou. 117. c. 5.

d. der Vater an der Hälfte des peculium aduentitium ordinarium seiner Kinder, wenn er diese freywillig emancipirt hat: §. 2. Inst. *Per quas pers. cuiq. adquir.* (§. 323.)

e. der pater arrogans an dem Vermögen des filius arrogatus: §. 2. Inst. *de Adquisit. per arrogat.*

Diesen Personen, welche sich des gesetzlichen Nießbrauchs erfreuen, fügt das deutsche Recht noch hinzu:

f. den Ehemann, an dem Vermögen seiner Frau. Dem Röm. Ehemanne kann dieser gesetzliche Nießbrauch deswegen nicht zugeschrieben werden, weil dessen Recht ein weit stärkeres, nämlich das dominium ciuile ist, welches den vsusfructus caussalis als einen Bestandtheil enthält (§. 281.);

3) letzter Wille. Durch diesen wird der vsusfructus gleich nach dem Tode des Testators erworben, so daß es keiner vorgängigen quasitraditio bedarf: §. 4. Inst. *de Seruit.* in Verb. mit §. 3. Inst. *de Heredit. quae ab intest. def.* (§. 452.);

4) richterliches Urtheil, durch welches der vsusfructus bey einem iudicium diuisorium entstehen kann (§. 453.) und

5) Verjährung. Hier sind die Erfordernisse die nämlichen, welche oben (§. 456.) in Hinsicht auf die affirmativen Realservituten aufgestellt wurden. Es muß nämlich der Verjährende zehn Jahre inter praesentes oder zwanzig Jahre inter absentes einen vsusfructus, welcher ihm nicht eingeräumt worden war, ungestört und ohne vitium possessionis ausgeübt haben. Vgl. auch: L. 11. §. 1. D. *de Public. in rem. act.*

II. Rechtliche Wirkungen:

1. Allgemeine.

§. 471.

a. Ius personalissimum des Usufructuars.

Die rechtlichen Wirkungen des Nießbrauchs lassen sich überhaupt auf zwey Classen zurück bringen. Sie sind nämlich entweder allgemeine, welche eben so wohl auf den verus, als quasiususfructus Anwendung leiden, oder besondere, welche bloß auf die eine oder andere Gattung Bezug nehmen. Zu den allgemeinen ist zuvörderst der Umstand zu rechnen, daß der vsufructuarius sein Recht niemals auf einen Andern übertragen kann, sondern daß der vsusfructus lediglich auf seine Person beschränkt ist: §. 3. Inst. *de Vsufr.* Nur die Zurückgabe in die Hände des proprietarius ist ihm gestattet: §. 3. *cit.* und L. 66. D. *de Iure dot.* Dieses Verbot der Uebertragung gilt aber nur vom Rechte selbst, keinesweges von dessen Ausübung, so daß also der vsufructuarius

die Sache verpachten, vermiethen, so wie in commodatum und precarium ertheilen kann: L. 12. §. 2. D. *de Vsufruct.*

§. 472.

b. Cautio vsufructuaria:

α. Begriff und Natur.

Cautio vsufructuaria: adminiculum, legibus constitutum, quo vsufructuarius proprietarium de substantia rei securum reddere tenetur.

Nach der gesetzlichen Vorschrift muß in der Regel jeder vsufructuarius diese Caution leisten: L. 1. D. *Vsufr. quemadm. cau.* und zwar, hinsichtlich beyder Gattungen des Nießbrauchs, deshalb, daß der proprietarius wegen der nach Beendigung des Nießbrauchs erforderlichen Rückgabe der Sache sicher gestellt werde, außerdem aber auch noch, beym *verus* vsusfructus, zu dem Zwecke, daß der vsufructuarius während des Nießbrauchs die Sache sorglich und pfleglich benutze: L. 1. *cit.* §. 6.

Manche Juristen haben die cautio vsufructuaria unter Berufung auf die L. 1. C. *de Vsufruct. et habitat.* für ein essentiale des Nießbrauchs erklärt, weil in diesem Gesetze ausdrücklich verordnet ist, daß der Testator Dem, welchem er den Nießbrauch an einer Sache vermacht, die cautio vsufructuaria niemals erlassen könne. Allein diese Verordnung bezieht sich nur auf letzte Willen und hat für solche sowohl einen dogmatischen als historischen Grund. Der erstere ist in dem Begriffe des Nießbrauchs, als einer Servitut, zu suchen. Denn der Testator würde die Proprietät des Erben oder auch Dessen, dem er dieselbe besonders vermacht hätte, durch den Erlaß jener Caution gänzlich aufheben und der historische Grund ist darin zu suchen, daß, wenn dem Testator die remissio völlig frey gestanden hätte, er das Verbot, den ehe- und kinderlosen Personen die Proprietät gewisser Gegenstände zu hinterlassen, auf das Bequemste hätte umgehen können. Es kann daher in allen andern Fällen die cautio vsufructuaria vom proprietarius gültiger Weise erlassen werden: arg. L. 46. D. *de Pact.* Auch giebt es Ausnahmen, in welchen die Befreyung von dieser Caution schon gesetzlich ist:

1) der Vater hinsichtlich des peculii aduentitii ordinarii seiner Kinder: L. 8. §. 4. in fin. C. *de Bon. quae lib.* Diese

Befreyung hat die Praxis auch auf die übrigen Personen ausgedehnt, welche ihren Nießbrauch unmittelbar dem Gesetze verdanken,

2) der Fiscus (quia semper locuples praesumitur): L. 1. §. 18. D. *Vt legator s. fidei comm. caus.*,

3) der donator einer Sache, an welcher er sich den Nießbrauch vorbehalten hat: arg. L. 62. D. *de Aedilit. ed.* und

4) derjenige vsufructuarius, welcher zu einer gewissen Zeit auch die Proprietät der Sache zu erwarten hat, weil man nicht annehmen kann, daß er sich diese Aussicht durch eine muthwillige Deterioration oder Zerstörung der Sache selbst verscherzen werde: L. 9. §. 2. D. *Vsufr. quemadm. cau.*

§. 473.

β. Von der Cautionsleistung selbst.

Unter der Cautionsleistung hat man alles Dasjenige zu verstehen, was dem proprietarius rücksichtlich der res vsufructuaria hinreichende Sicherheit gewähren kann. Hierher gehört: 1) Verpfändung oder Bestellung einer Hypothek: L. 59. §. vlt. D. *Mand.*, 2) Bürgschaft: L. 1. D. *Qui satisdare cog.*, 3) Eidesleistung, welche namentlich für solche Personen gilt, die mit schuldenfreyen Grundstücken angesessen sind: L. 26. §. 6. C. *de Episc. aud.*, oder auch für Arme: Nou. 22. c. 44. §. 5. und 4) einfaches Versprechen, welches von Seiten moralischer Personen hinreicht: L. 6. §. 1. D. *Vt legat. s. fideic. seru. caus. cau.* Wenn sich aber der proprietarius mit einer der beyden letztern Cautionsleistungen nicht begnügen will, so kann der Richter den Nießbrauch in eine jährliche Rente verwandeln, welche durch Sequestration, Verpachtung oder eine andere, ähnliche Maaßregel bewerkstelligt wird.

§. 474.

γ. Von der rechtlichen Verfolgung derselben.

Die Rechtsmittel, durch welche der proprietarius die Caution verfolgen kann, sind verschieden, jenachdem die Sache selbst dem vsufructuarius bereits übergeben worden ist, oder nicht. Im letztern Falle, also wenn sich der proprietarius noch im Besitze befindet, kann derselbe die Sache selbst so lange retiniren, bis

ihm die cautio geleistet wird (§. 161.), wenn aber die Sache dem vsufructuarius bereits übergeben ist und dieser noch keine Caution gestellt hat, so muß zwischen dem verus und quasiususfructus unterschieden werden:

1) beym *verus* vsusfructus kann der proprietarius die rei vindicatio anstellen: L. 7. pr. D. *Vsufr. quemadm. cau.* und L. 27. D. *de Solut. et liberat.*, d. h. er kann verlangen, daß ihm die Sache so lange zurückgegeben werde, bis der vsufructuarius die erforderliche Caution geleistet haben wird. Manche suchen in dieser rei vindicatio den casus vnicus, dessen in den Institutionen: §. 2. *de Actionib.* Erwähnung geschieht: „sane vno casu *qui possidet,* nihilominus *actoris* partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius adparebit". Sollten diese Worte von gegenwärtigem Falle zu verstehen seyn, so könnte man nur an eine possessio *animi* denken, welche beym proprietarius zurückgeblieben wäre, aber in diesem Sinne möchten sich wohl alle Vindicanten in derselben Lage befinden. Der casus vnicus ist, aller Wahrscheinlichkeit nach, die actio negatoria, welche dingliche Klage von Demjenigen angestellt wird, der sich im Besitze einer körperlichen Sache befindet;

2) beym quasiususfructus aber steht dem proprietarius die condictio sine caussa auf Zurückgabe der in Nießbrauch gegebenen res fungibiles zu, welche er dann ebenfalls so lange retiniren kann, bis ihm die Caution geleistet worden ist: L. 1. D. *de Condict. sine caus.* — Keineswegs kann aber hier, wie Einige wollen, die condictio caussa data caussa non sequuta (condictio ob caussam datorum) Platz ergreifen, denn die res fungibiles werden hier in Nießbrauch, aber nicht wegen der Caution übergeben, welche mit dem Zwecke des Rechtsverhältnisses nichts gemein hat: L. 5. D. *de Condict. caus. dat. caus. non. seq.*

§. 475.

δ. Wenn und wie kann sich der proprietarius an die Caution halten?

Ist aber die cautio vsufructuaria wirklich gestellt, so giebt es eine doppelte Zeitperiode, in welcher sich der proprietarius an dieselbe halten kann: L. 1. §. 6. D. *Vsufruct. quemadm. cau.*, nämlich

1) *durante* vsufructu. Hier kann es vorkommen, daß der

proprietarius die Caution **mehrere Male** in Anspruch nimmt, nämlich so oft der vsufructuarius die Sache **mißbraucht** (re abutitur), also die Substanz derselben angreift und den Werth derselben vermindert und

2) *finito* vsufructu. Hier kann sich der proprietarius nur **einmal** an die Caution halten, und zwar in dem Falle, daß der vsufructuarius die Sache nicht in eadem specie zurückgiebt.

Die Art und Weise aber, auf welche der proprietarius die Caution in Anspruch nimmt, richtet sich nach der Cautionsleistung selbst. Ist diese durch **Verpfändung** geschehen, so kann der proprietarius die ihm verpfändete Sache entweder retiniren oder veräußern, durch Bestellung einer **Hypothek**, so bedient er sich der actio hypothecaria, durch **Bürgschaft**, so erhebt er gegen die Bürgen die actio ex stipulatu, welche ihm auch dann zusteht, wenn die cautio eine iuratoria oder nude promissoria war. Im Uebrigen kann er noch in jedem Falle wegen der **Deterioration** der Sache die actio ex lege Aquilia gebrauchen: L. 13. pr. u. §. 1. u. 2. D. *de Vsufr.* — L. 15. §. 3. D. *eod.*, so wie auch andere allgemeine Klagen, wie z. B. die actio iniuriarum: L. 66. D. *eod.*

§. 476.

2. Besondere Wirkungen:

a. des vsusfructus verus.

Die eigenthümlichen Wirkungen des *verus* vsusfructus sind folgende:

1) der vsufructuarius kann jeden erdenklichen Nutzen aus der Sache beziehen, wenn nur die **Substanz** derselben diejenige bleibt, welche sie vor Anfange des Nießbrauchs gewesen war: L. 1. D. *de Vsufr.* Also steht ihm nicht nur der **Gebrauch** der Sache, sondern auch das Recht zu, **alle Früchte** derselben und zwar sowohl von der res principalis, als auch von den **Accessionen** sich zuzueignen: L. 9. §. 4. D. *eod.* So kann er namentlich auch die Hälfte von den Nutzungen des **Schatzes** verlangen, welcher auf dem Grundstücke gefunden worden ist, er müßte denn selbst der Finder seyn, in welchem Falle er außer der Hälfte der **Nutzungen** auch noch die andere Hälfte des Schatzes selbst **eigenthümlich** erwirbt. (§. 412. u. §. 440.)

Doch hat die perceptio fructuum von Seiten des Usufructuars das eigenthümliche Erforderniß, daß dazu die bloße Trennung der Früchte von der Hauptsache noch nicht hinreicht, sondern daß die Perception erst dann vorhanden ist, wenn die Früchte eingesammelt und in die Vorrathsgebäude des vsufructuarius geschafft worden sind: §. 36. Inst. *de Rer. diuis.* in Verb. mit L. 25. §. 1. D. *de Vsur.* Doch gilt dieß natürlich bloß von den fructibus naturalibus und industrialibus.

Was die fructus *ciuiles* anlangt, so ist zu unterscheiden, ob sie

a. ein Surrogat der fructus naturales oder industriales sind, wohin namentlich das Pachtgeld gehört, und hier wird auf die Zeit der unmittelbaren Perception gesehen, nämlich es wird gefragt, ob der Nießbrauch noch bestand, als der Pachter seine Aerndte beendigt hatte, in welchem Falle das Pachtgeld, dieses möge nun bezahlt werden, zu welcher Zeit es wolle, vollständig dem vsufructuarius gehört: L. 58. pr. D. *de Vsufr.*, oder ob sie

b. für sich bestehen, wie Hauszins oder Zinsen von ausgeliehenen Capitalien. Hier ist zu unterscheiden, ob der dies *veniens* (die Zeit, zu welcher die Zahlung fällig ist) noch in die Dauer des Nießbrauchs fällt, oder bloß der dies *cedens* (die Zeit, zu welcher der Mieth- oder Darlehns-Contrakt schon eingegangen, die Zahlung aber noch nicht fällig war: §. 147.). Im erstern Falle bekommt der vsufructuarius die ganze Zahlung vollständig zu seiner Verfügung, wenn sie auch erst nach aufgelöstem Nießbrauche wirklich erfolgt, im zweyten aber wird die Zahlung pro rata temporis zwischen dem proprietarius und dem vsufructuarius getheilt. Wenn z. B. die Zinsen halbjährlich entrichtet werden und der Usufructuar hat nach der Zahlung des letzten Termines noch ein Vierteljahr gelebt, so bekommen seine Erben von der Zahlung, welche zum nächstkommenden Termine erfolgt, die Hälfte: L. 26. D. *de Vsufr.*

2) Da der vsufructuarius die sämmtlichen Nutzungen bezieht, so muß er auch alle auf der Sache haftende onera tragen: L. 7. §. 2. D. *eod.* Sollten dieselben mit dem Vortheil, welchen die Sache gewährt, nicht in Verhältniß stehen, so kann er den Nießbrauch an den proprietarius zurückgeben: §. 3. Inst. *de Vsufr.* Aus der ersten Regel geht aber zugleich hervor, daß der Usufructuar auch die impensas *necessarias modicas* zu bestreiten hat: L. 7.

§. 2. D. *cit.*, dahingegen er den Ersatz der impensae necessariae *magnae* durch die actio negotiorum gestorum contraria fordern kann: L. 48. pr. D. *de Vsufr.* — Von Ersatz der impensae *vtiles* oder *voluptuariae* kann darum keine Rede seyn, weil der vsufructuarius dergleichen gar nicht aufwenden darf, wenigstens nicht insoweit, als die Gestalt der Sache selbst dadurch verändert wird: L. 13. §. 4—8. D. *eod.*, obwohl es ihm außerdem frey steht, Verbesserungen oder Verzierungen anzubringen: §. 7. *cit.* ja sogar Gebäude zu errichten, dafern sie zur Aufbewahrung der Früchte dienen sollen: §. 6. *cit.* in fin.

3) Der vsufructuarius hat das Recht, alle dem Grundstücke zustehende Servituten auszuüben: L. 1. pr. D. *Si vsusfr. pet.* Doch distinguiren hier die Röm. Juristen sehr scharfsinnig, indem sie sagen, daß, wenn der vsufructuarius zum Schutze einer solchen Servitut die actio confessoria anstelle, der Gegenstand dieser Klage nicht die fragliche Realservitut, sondern sein vsusfructus sey, den er sich eben durch diese Klage ungeschmälert zu erhalten suche.

4) Der Usufructuar muß sich bemühen, die Sache in demselben Zustande zu erhalten, in welchem er sie bekommen hat und muß sie als bonus paterfamilias benutzen, widrigenfalls er zum Schadenersatze verpflichtet ist: L. 1. §. 3. D. *Vsufr. quemadm. cau.* Doch hat er, wenn die Sache durch ordnungsmäßigen Gebrauch deteriorirt worden ist, keine Verantwortlichkeit: ibid. Endlich

5) der vsufructuarius muß, nach Beendigung des Nießbrauchs, die Sache in eadem specie an den proprietarius zurückgeben: L. 1. *cit.* pr.

§. 477.

b. Besondere Wirkungen des quasiususfructus.

Der quasiusufructuarius wird voller und unwiderruflicher Eigenthümer der ihm in Nießbrauch übergebenen res fungibiles, er kann daher vollkommen frey über dieselben verfügen und hat weiter keine Verbindlichkeit auf sich, als nach Beendigung des Nießbrauchs tantundem, d. h. eandem quantitatem et qualitatem zurückzugeben: L. 6. u. 7. D. *de Vsufr. ear. rer. quae vsu consum.* Wenn nomina (Schuldforderungen) den Gegenstand des quasiususfructus ausmachen, so ist der Berechtigte entweder der Schuldner selbst, welcher nun den Vortheil hat, daß er während

der Dauer seines Nießbrauchs keine Zinsen zu bezahlen braucht, oder ein **Dritter**, dessen Nutzen darin besteht, daß der Schuldner an ihn und nicht an den proprietarius des Capitales die Zinsen zu entrichten hat: L. 3. D. *eod.*

Zweyte Abtheilung.

Vom Vsus und von der Habitatio.

I. Vom Vsus.

§. 478.

1. Begriff.

Einen harten, noch bis jetzt nicht beygelegten Kampf haben die Rechtslehrer von jeher über den Begriff und über die juristischen Grenzen des Vsus geführt. Diese große Meynungs-Verschiedenheit rührt aber von den vielfältigen, mit einander in Widerspruch stehenden Beyspielen her, die sich in den Quellen selbst vorfinden und in welchen, nach Maaßgabe der verschiedenen Gegenstände, der Vsus sich immer neu und anders gestaltet, wovon die L. 12. D. *de Vsu et habitat.* einen sprechenden Beweis liefert.

Manche wollen nämlich den vsus so erklären, daß er nur ad necessitatem, also zur Bestreitung der eigentlichen Lebensbedürfnisse diene, dahingegen der vsusfructus auch ad voluptatem, also zum Luxus, ausgeübt werden könne. Diese Meynung fällt aber in sich selbst zusammen, da die Begriffe der necessitas und voluptas sowohl in Hinsicht auf die **Gegenstände**, als in Betreff der **Personen** viel zu relativ sind, als daß eine Abscheidung der Grenzen möglich wäre.

Andere wollen den vsus auf das Recht beschränken, eine Sache zu **gebrauchen**, aber das Recht, **Früchte** davon zu percipiren, gänzlich ausschließen. Dieß würde jedoch den Uebelstand herbeyführen, daß eine res frugifera im eigentlichen Sinne, d. h. eine solche, welche **nur** durch ihre Früchte nützt, niemals in vsum gegeben werden könnte, was doch die Quellen ausdrücklich statuiren: L. 22. pr. D. *de Vsu et habitat.*

Aus dem Gesammt-Inhalte des Pandekten-Titels: de vsu et habitatione dürfte sich aber wohl folgende Erklärung des vsus als die richtige, wenigstens der Wahrheit am Nächsten kommende bewähren:

Vsus: seruitus personalis, qua quis ex re aliena, salua eius substantia, omnem eam vtilitatem percipere potest, quam res *sua natura* profert. Das Wesentliche dieser Definition liegt in den Worten: sua natura, d. h. nach ihrer ursprünglichen Bestimmung, ohne Rücksicht auf den Nutzen, welchen sie durch den Verkehr gewähren kann. Daher sind in der Regel die fructus *ciuiles* vom vsus gänzlich ausgeschlossen, wohl aber ist es dem vsuarius gestattet, fructus naturales oder industriales aus der Sache zu beziehen, insofern sie den einzigen ursprünglichen Nutzen ausmachen, welchen dieselbe hervorbringt, wie dieß bey einem Walde, Felde oder Garten der Fall ist.

§. 479.

2. Entstehungsarten.

Der vsus hat zwey Entstehungsarten weniger, als der vsusfructus, denn er kann weder aus dem Gesetze selbst, noch aus einem richterlichen Urtheile seinen Ursprung herleiten, sondern nur auf Vertrag, letztem Willen oder Verjährung beruhen. Ueber die beyden erstern Entstehungsarten gelten die in der Lehre vom vsusfructus (§. 470.) aufgestellten Grundsätze, hinsichtlich der Verjährung aber tritt die Rechtsregel ein: tantum praescriptum, quantum possessum, d. h. man muß auf die Art und Weise sehen, in welcher der Verjährende während der gesetzlichen Zeit eine fremde Sache benutzt hat: arg. L. 18. §. 4. u. L. 43. D. *de Adquir. vel am. possess.* Hiernach wird sich's bestimmen, ob er den vsus oder vsusfructus durch Verjährung erworben habe, obwohl in vielen Fällen die Grenze sehr fein seyn wird, was nur in concreto beurtheilt werden kann.

§. 480.

3. Rechte und Pflichten des vsuarius.

Der vsuarius hat das Recht, alle Nutzungen einer Sache zu percipiren, welche aus der Natur (ursprünglichen Bestimmung) derselben hervorgehen. Da aber zu solchen Nutzungen keineswegs die fructus *ciuiles* gerechnet werden können, so ist es dem vsuarius in der Regel nicht gestattet, die Sache zu vermiethen oder zu verpachten: L. 8. pr. D. *de Vsu et habitat.*, ausgenommen, wenn einem Fuhrmann der vsus an Pferden bewilligt worden

ist: L. 12. §. 4. D. *eod.* Wohl aber darf der vsuarius den Gebrauch der Sache unentgeldlich Andern überlassen: L. 12. *cit.* §. 1.

Die Pflichten des vsuarius sind dieselben, welche dem vsufructuarius obliegen, er muß nämlich die Sache pfleglich gebrauchen: L. 15. in fin. D. *eod.*, Caution stellen: L. 5. §. 1. D. *Vsufr. quemadm. cau.*, die onera tragen und die impensas necessarias *modicas* bestreiten: L. 18. D. *de Vsu et habitat.*

An rebus *fungibilibus* ist kein vsus denkbar, weil derselbe mit dem quasiususfructus gänzlich zusammenfallen würde.

II. Von der Habitatio.

§. 481.

1. Begriff.

Habitatio: seruitus personalis, qua quis ex aedibus alienis, salua earum substantia, omnem vtilitatem, quae ex habitatione prouenit, percipere potest: L. 13. C. *de Vsufr. et habitat.* Da nun aber Wohnhäuser eben so gut in vsumfructum und vsum, als in habitationem gegeben werden können, so unterscheidet man diese drey Servituten durch folgende Regeln:

1. Plus est in vsufructu aedium, quam in vsu aedium et habitatione: der vsufructuarius kann nämlich das Haus vermiethen, was dem vsuarius untersagt ist, und kann auch diejenigen Theile des Hauses benutzen, die sich nicht zur Wohnung eignen, welches Recht wieder dem habitator nicht zusteht.

2. Plus est in vsu aedium, quam in habitatione: der vsuarius kann alle Theile des Hauses zu seinen Bedürfnissen benutzen, der habitator aber bloß diejenigen, welche bewohnbar sind.

3. Plus est in habitatione, quam in vsu aedium: der habitator ist berechtigt, die zur Wohnung geeigneten Theile des Hauses zu vermiethen, der vsuarius nicht.

§. 482.

2. Rechte und Pflichten des habitator.

Die Rechte des habitator erstrecken sich bloß auf die Wohnung und da der vermuthliche Ursprung der habitatio in der Wohlthat liegt, die man armen Personen dadurch erzeigen wollte, daß

man ihnen eine freye Wohnung anwies, so läßt sich daraus erklären, warum der habitator zwar vermiethen, aber seine Wohnung nicht unentgeldlich Andern überlassen darf: L. 10. pr. D. *de Vsu et habitat.* Von der locatio conductio unterscheidet sich die habitatio dadurch, daß sie eine Servitut, mithin ein dingliches Recht ist, welches gegen jeden Besitzer des Hauses geltend gemacht werden kann.

Die Pflichten des habitator sind dieselben, wie die des vsuarius und die habitatio kann auch auf dieselben Arten, wie der vsus entstehen.

Dritte Abtheilung.

Von der Beendigung der Personal-Servituten.

§. 483.

1. Allgemeine Beendigungsarten.

Unter allgemeinen Beendigungsarten sind solche zu verstehen, durch welche alle Servituten ohne Unterschied, mithin auch die Realservituten verloren gehen können. (§. 466. u. §. 467.) Von diesen sind hier nur folgende drey hervorzuheben:

1) interitus rei *totalis.* Hier ist das Eigenthümliche zu bemerken, daß, wenn auch die Sache wieder hergestellt wird, die Personal-Servituten dennoch nicht wieder aufleben, weil die wiederhergestellte Sache nothwendig eine andere Gestalt bekommt, mithin eine andere species wird, an welcher die Servitut nicht eingeräumt war: L. 10. §. 7. D. *Quib. mod. vsusfr. am.* Anders verhält es sich bey den Realservituten. (§. 467.) — Ist jedoch der interitus rei nur *partialis* gewesen, so bleibt die Personal-Servitut an dem geretteten Theile bestehen: ibid. — Beym quasiususfructus kann aber der interitus nicht in rechtliche Frage kommen, weil der quasiusufructuarius Eigenthümer der res fungibiles wird und in jedem Falle tantundem zu restituiren hat: L. vlt. D. *de Vsufr. ear. rer. quae vsu consum.*,

2) renunciatio. Diese kann jedoch nur zu Gunsten des proprietarius geschehen: §. 3. Inst. *de Vsufr.* und

3) praescriptio exstinctiua. Zur aufhebenden Verjährung der Personal-Servituten ist weiter nichts erforderlich, als daß der Berechtigte sein Befugniß zehn Jahre lang, inter praesentes,

oder zwanzig Jahre lang, inter absentes, nicht ausgeübt habe, also der bloße nonusus und zwar aus demselben Grunde, welcher oben (§. 466.) bey der Beendigung der seruitutes rusticae angegeben wurde.

§. 484.

2. Vom Tode des Berechtigten.

Eine besondere Beendigungsart, durch welche nur die Personal-Servituten verloren gehen, ist der Tod des dominans: L. 38. §. 10. u. 11. D. *de Verb. oblig.* (§. 468.) und hier bloß noch zu bemerken, daß das R. R. hinsichtlich des vsusfructus nicht bloß vom natürlichen, sondern auch vom bürgerlichen Tode spricht, welcher letztere durch capitis deminutio maxima und media erfolgt: §. 3. Inst. *de Vsufr.*

Ist aber der Berechtigte eine moralische Person, welche niemals stirbt, so hört die Personal-Servitut mit Auflösung der vniuersitas, oder, wenn diese nicht geschieht, nach Ablauf von 100 Jahren auf: L. 56. in fin. D. *de Vsufr.*

Fünftes Capitel.

Von den Rechtsmitteln, welche in Hinsicht auf Servituten gebraucht werden können.

I. Petitorische Rechtsmittel.

§. 485.

1. Actio confessoria.

Actio confessoria: actio realis, quae dominanti aduersus quemcumque turbantem competit ad seruitutem agnoscendam, cautionem de non amplius turbando praestandam et damnum, quod per turbationem illatum est, resarciendum: L. 2. pr. u. §. 1. D. *Si seruit. vind.*

Diese Klage geht unmittelbar aus der Servitut hervor und kann, wenn diese eine seruitus *realis* ist, nur von dem Eigenthümer des praedium dominans, er sey nun ein voller oder nutzbarer, (actio confessoria directa et vtilis) angestellt werden,

niemals aber vom Nichteigenthümer, z. B. vom vsufructuarius: L. 1. pr. D. *Si vsusfr. pet.* (§. 476.) Ist aber die seruitus eine *personalis*, so kann nur der Berechtigte für seine Person sich dieser Klage bedienen: L. 5. §. 1. D. *eod.*

Der Beklagte ist hier allemal Derjenige, welcher durch ein factum turbatiuum an den Tag gelegt hat, daß er die Servitut nicht anerkenne: L. 4. §. 5. D. *Si seruit vind.*

Den Beweis hat bey dieser Klage stets der Kläger zu führen, weil er eine Ausnahme von der Rechtspräsumtion behauptet: L. 9. C. *de Seruit.* und wenn der Beklagte das factum turbatiuum läugnet, so muß der Kläger vorerst dieses darthun (legitimatio ad caussam passiua), so wie bey Realservituten das Eigenthum des praedium dominans, dafern der Beklagte dasselbe in Zweifel zieht: L. 6. §. 3. D. *Si seruit. vind.* (legitimatio ad caussam actiua).

Heut zu Tage ist der Umfang der actio confessoria sehr erweitert, weil man auch andere, den Servituten ähnliche Rechte damit verfolgt, wie z. B. die Bannrechte, die Frohnen, die Zehnten rc. (actio confessoria vtilis). Auch wird nach heutigem Rechte das petitum der actio confessoria nicht mehr auf die cautio de non amplius turbando gerichtet, sondern bey der Obrigkeit darauf angetragen, daß der Beklagte bedeutet werde, sich bey nahmhafter Geldstrafe fernerer Störungen zu enthalten.

§. 486.

2. Actio negatoria.

Actio negatoria: actio realis domino rei competens aduersus quemcumque turbantem, qui seruitutem in ea adserit, ad libertatem rei agnoscendam, cautionem de non amplius turbando praestandam et damnum, quod per turbationem illatum est, resarciendum: L. 2. pr. D. *Si seruit. vind.* Diese Klage geht keinesweges aus der Servitut, sondern lediglich aus dem Eigenthume hervor und darum kann sie nur vom Eigenthümer der Sache, er sey nun ein voller oder nutzbarer (actio negatoria directa et vtilis), angestellt werden: §. 2. Inst. *de Act.*, niemals aber vom Nichteigenthümer, z. B. vom creditor pignoratitius, vsufructuarius etc., denn solche Personen klagen nur zur Sicherung des ihnen selbst zustehenden Rechtes (§. 485.) Der Beklagte ist hier Der, welcher durch ein factum turbatiuum an

den Tag gelegt hat, daß ihm eine Servitut an der fraglichen Sache zustehe: L. 6. §. 1. D. *Si seruit. vind.*

Was aber den bey der actio negatoria zu führenden Beweis betrifft, so liegt derselbe, nach der richtigern Meynung, dem Beklagten ob, weil dieser das Gegentheil der Rechtspräsumtion behauptet und daher darthun muß, daß ihm die Servitut zustehe. Ein anderes wäre es, wenn der Kläger die Freyheit von der Servitut auf einen andern Grund, als auf die Rechtspräsumtion stützte, z. B. wenn er zugäbe, daß die fragliche Servitut zwar früher auf seiner Sache gelastet habe, daß aber dieselbe durch erstinctive Verjährung oder auf eine andere Beendigungsart wieder erloschen sey. In einem solchen Falle würde natürlich der Kläger den Beweis derjenigen Thatsache führen müssen, durch welche er von der Servitut frey geworden sey. Es ist daher dem Kläger zu rathen, daß er bey Anstellung der actio negatoria so einfach, als möglich, zu Werke gehe.

Ehe es aber bey dieser Klage zum Beweise selbst kommen kann, hat der Kläger zweyerley darzuthun: 1) daß er der Eigenthümer der fraglichen Sache sey (legitimatio ad caussam actiua). Doch wird hier sowohl, als bey der actio confessoria in Hinsicht auf Realservituten, nicht der strenge Beweis des Eigenthums erfordert, wie ihn der Vindicant zu führen hat (§. 434.), sondern bloß der Beweis des iustus titulus, unter welchem der Kläger die Sache erworben hat (§. 435.) und 2) das factum turbatiuum von Seiten des Beklagten, wenn dieser dasselbe in Abrede stellt (legitimatio ad caussam passiua).

§. 487.

II. Possessorische Rechtsmittel.

Die Servituten können, als dingliche Rechte, besessen werden. Ihr Besitz besteht in der Ausübung und wird quasipossessio genannt (§. 389.) Zum Schutze dieses Besitzes hat aber das R. R. besondere Rechtsmittel ertheilt, welche nach der Natur der Servituten selbst verschieden sind. Was nämlich

1. die Realservituten betrifft, so kann in Hinsicht auf diese nur von interdictis *retinendae*, nicht aber *recuperandae* possessionis die Rede seyn, weil es sich hier bloß darum handelt, daß der Berechtigte in der Ausübung der Servitut nicht gehindert werde, die Möglichkeit der Ausübung ihm aber niemals ver-

loren gehen, d. h. er selbst nicht aus dem Besitze der Servitut dejicirt werden kann: L. 4. §. 27. D. *de Vsurp.* Die hier zur Anwendung kommenden interdicta retinendae possessionis sind aber folgende:

a. de itinere actuque priuato, dessen sich Derjenige bedienen kann, welcher die seruitus viae, actus oder itineris während des letzten Jahres oder doch während eines Zeitraumes von 30 Tagen weder vi, noch clam, noch precario ausgeübt hat: L. 1. pr. u. §. 2. D. *de Itin. actuq. priu.*,

b. de itinere actuque priuato reficiendo, welches darauf gerichtet wird, daß der Servient den Dominanten an Ausbesserung des Weges nicht hindere. Doch wird hier vorausgesetzt, daß der Kläger die Servitut wirklich erworben habe und daß er dem Beklagten die cautio damni infecti leiste: L. 5. §. 3 D. *eod.* — L. 3. §. 11. D. *eod.*

c. de aqua quotidiana et aestiua ducenda. Aqua quotidiana ist dasjenige Wasser, dessen man das ganze Jahr hindurch bedarf, aestiua aber dasjenige, dessen man sich nur im Sommer, nämlich vom Aequinoctium des Frühlings bis zu dem des Herbstes zu bedienen pflegt: L. 1. §. 2. 3. u. 32. D. *de Aqua cottid. et aest.* Der Nutzen, den eine solche Wasserleitung gewährt, kann theils in Bewässerung der Wiesen, theils in der Befriedigung häuslicher Bedürfnisse bestehen: L. 1. *cit.* §. 11. Das interdictum selbst kann Derjenige gebrauchen, welcher nicht nur ohne vitium possessionis, sondern auch bona fide: L. 1. *cit.* §. 10. während des letzten Jahres (bey der aqua quotidiana): L. 1. *cit.* pr. oder während der letzten zwey Sommer (bey der aqua aestiua): L. 1. *cit.* §. 31—34. das Wasser auf sein Grundstück geleitet hat.

d. de riuis, dessen sich Derjenige bedient, welchem die seruitus aquae ductus zusteht, oder welcher sich doch wenigstens im neuesten Besitze derselben befindet, gegen den Servienten, der ihn an Reinigung oder Ausbesserung der Wasserleitung hindern will: L. 1. pr. u. §. 9. D. *de Riu.* Hier ist jedoch der Kläger zur Leistung der cautio damni infecti verbunden: L. 3. §. 9. *eod.*

e. de fonte et fonte reficiendo, welches Demjenigen zusteht, der sich ohne vitium possessionis im neuesten Besitze des aquae haustus befindet, gegen Den, welcher ihn am Wasserschöpfen oder Reinigen des Brunnens hindern will: L. vn. pr. u. §. 1. u. 7. D. *de Fonte*, und

f. de cloacis. Dieses ist das einzige, mit einem besondern Namen bezeichnete Interdict, welches sich auf städtische Servituten bezieht. Es wird von Demjenigen gebraucht, welchem die seruitus cloacae zusteht und welchen der Servient an Ausbesserung oder Reinigung der Schleußen hindern will: L. 1. pr. D. *de Cloac.* — In Hinsicht auf alle übrige Realservituten muß man sich des interdictum *vti possidetis* bedienen, was jedoch nur mittelst der Analogie geschehen kann: L. 8. §. 5. in fin. D. *Si seruit. vind.*

2. Für die Personal-Servituten hat das R. R. keine besonderen Interdicte eingeführt, sondern es tritt auch hier die Analogie der interdicta retinendae und recuperandae possessionis ein. L. 9. §. 1. D. *de Vi.* — L. 4. D. *Vti possid.* — L. 60. D. *de Vsufr.*

Dritter Titel.

Vom Pfandrechte.

Erstes Capitel.

Von dem Begriffe und der rechtlichen Natur desselben.

§. 488.

I. Begriff und Grundeintheilung.

Das Wort pignus (Pfand) kommt überhaupt in einer dreyfachen Bedeutung vor:

1) in der, welche ganz eigentlich in den gegenwärtigen Zusammenhang gehört, nämlich als species iuris in re, ist *pignus*: ius creditori propter securitatem crediti in re debitoris concessum. Hier ist das pignus ein dingliches Recht, also ein solches, welches gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache ausgeübt werden kann: L. 16. §. 3. D. *de Pignorib.* und äußert sich dergestalt, daß der Berechtigte (Pfandgläubiger), wenn der Schuldner nicht zur rechten Zeit seine Verbindlichkeit erfüllt, die verpfändete Sache nach seiner Willkühr entweder retiniren: L. 8. pr. D. *de Pignorat. act.*, oder distrahiren (veräußern): L. 6. C. *de Distract. pign.*, dafern er sich aber noch nicht oder nicht mehr

im Besitze befindet, die **Uebergabe** der verpfändeten Sache mittelst der actio hypothecaria von jedem Besitzer derselben verlangen kann: L. 2. C. *de Praetor. pign.*,

2) res ipsa pignori obnoxia: L. 13. D. *de Pignorat. act.* und

3) conuentio, qua pignus constituitur: L. 1. §. 4. D. *de Pact.* Der Vertrag, durch welchen das Pfandrecht begründet wird, kann von doppelter Art seyn:

a. *contractus pignoratitius*: contractus realis, quo debitor rem aliquam creditori suo in securitatem crediti ita tradit, vt, si debitum iusto tempore solutum sit, res in eadem specie restituatur: §. vlt. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.* Dieser Contrakt ist nicht eher für geschlossen anzusehen, als wenn die traditio rei erfolgt ist, weshalb der Pfandcontrakt zu den **Realcontrakten** gehört, die ihre caussa ciuilis in der **Uebergabe** der Sache haben. Wenn man nun die bey diesem Contrakte vorkommende traditio als caussa ciuilis betrachtet, so erwirbt dadurch nur der **Schuldner** ein Recht und zwar ein **persönliches** gegen den Gläubiger auf Zurückgabe der Sache in eadem specie, dafern die Schuld zu rechter Zeit bezahlt worden ist, weshalb denn eigentlich der Schuldner creditor und der Gläubiger debitor pignoratitius genannt werden sollte. Aber dieselbe traditio, welche die caussa ciuilis des Pfandcontraktes ist, kommt auch zugleich unter einer **andern** juristischen Gestalt vor, nämlich als modus adquirendi iuris in re, weil der Gläubiger durch die Uebergabe der Pfandsache, also **in Folge** des Pfandcontraktes, dasjenige **dingliche** Recht erwirbt, welches man pignus nennt. **Diese** Wirkung der traditio geht also nicht aus dem **Contrakte** hervor, weil ein solcher kein dingliches Recht bewirken kann und darum ist die actio pignoratitia *directa*, welche **aus** dem Contrakte entspringt, eine bloß **persönliche** Klage, die der Schuldner, wenn er seine Schuld zu rechter Zeit bezahlt hat, gegen den Gläubiger auf Zurückgabe der verpfändeten Sache anstellt. Hat der Gläubiger dieser Forderung genügt, aber bey **Gelegenheit** des Pfandcontraktes Auslagen gemacht oder sonst einen Schaden erlitten, so kann er zum Ersatze des letztern den Schuldner mit der actio pignoratitia *contraria* belangen. Weil nun aber der Pfandcontrakt nach dem Bisgergesagten dem Gläubiger den Weg zur Erwerbung seines dinglichen Rechtes bahnt, so kann man denselben mit Recht eine conuentio nennen: qua pignus constituitur.

b. *pactum hypothecae*: pactum praetorium, quo creditori pignus in re *non* tradita constituitur: L. 1. pr. D. *de Pignorat. act.* u. L. 4. D. *de Pign.* Dieses ist aus dem pactum *fiduciae* des alten R. R. entstanden, kraft dessen der Schuldner nach Empfang einer gewissen Geldsumme dem Gläubiger den Besitz seines Grundstückes einräumte, Letzterer aber versprach, dem Besitze wiederum entsagen zu wollen, wenn der Schuldner Zahlung geleistet hätte und solchenfalls nicht arglistiger Weise (vielleicht durch die exceptio rei venditae et traditae) das Eigenthum in Anspruch nehmen zu wollen. Dieser Weitläuftigkeit zu begegnen, gestattete der Prätor, daß der Gläubiger auch ohne Uebergabe ein Pfandrecht an der Sache erwerben könnte. Weil aber ein dingliches Recht niemals unmittelbar aus einem Vertrage, also aus einer obligatio hervorgehen kann, so muß man, wie bey der Bestellung einer seruitus negatiua, eine quasitraditio *ficta* annehmen, durch welche erst das dingliche Recht des Pfandgläubigers entsteht.

Nach dem Bishergesagten ist nun die Grundeintheilung des Pfandrechtes in *pignus in specie sic dictum* (Faustpfand): quod in re *tradita* versatur und *hypothecam*: pignus, quod in re *non* tradita constitutum est. Hiernach kann der Faustpfand-Gläubiger sein Retentions- und Distractionsrecht ohne vorgängige Klage ausüben, weil er sich schon im Besitze der verpfändeten Sache befindet, der hypothekarische Gläubiger hingegen kann zu der Ausübung dieser Rechte nicht eher gelangen, als nach angestellter actio hypothecaria, welche stets und nur auf Uebergabe der verpfändeten Sache gerichtet wird.

In Hinsicht auf die Hypothek sind aber noch drey wichtige Unterschiede zu merken, welche zwischen dem Römischen und heutigen Rechte Statt finden:

1) nach R. R. kann der Schuldner seinem Gläubiger auch an seinem ganzen Vermögen eine ausdrückliche (freywillige) Hypothek bestellen, nach heutigem Rechte kann eine solche Hypothek nur eine stillschweigende (gesetzliche) seyn,

2) nach R. R. kann eine ausdrückliche Hypothek auch an beweglichen Sachen bestellt werden, nach heutigem nur an unbeweglichen und

3) nach R. R. kann die Bestellung einer ausdrücklichen Hypothek an unbeweglichen Sachen auch ohne Concurrenz der Obrigkeit geschehen, welche aber nach heutigem unbedingt erforderlich ist.

II. Erforderniſſe des Pfandrechts:

§. 489.

1. Eine Forderung.

Das Pfandrecht zeichnet ſich vor allen übrigen speciebus iuris in re dadurch aus, daß es rein acceſſoriſcher Natur iſt, indem es gar nicht gedacht werden kann, wenn nicht ein anderes Geſchäft exiſtirt, zu deſſen Sicherung das Pfandrecht dient. Dieſes andere Geſchäft iſt aber allemal eine obligatio und daher das Recht, welches durch Verpfändung geſichert werden ſoll, ſtets ein perſönliches. Eben aus dieſer acceſſoriſchen Natur des Pfandrechtes ergiebt ſich 1) daß daſſelbe nie eher beginnen, d. h. eine rechtliche Wirkung äußern kann, als das Hauptgeſchäft, wenn auch das Pfandrecht früher beſtellt worden wäre, 2) daß, wenn die Forderung verzinsbar iſt, das Pfandrecht ſich auch auf die Zinſen erſtreckt: L. 4. C. *de Vsur.* und 3) daß das Pfandrecht als nicht exiſtirend betrachtet werden muß, wenn das Hauptgeſchäft ſelbſt ungültig iſt: L. 2. D *Quae res pign.*

§. 490.

2. Gegenſtand des Pfandrechts.

Dem Pfandrechte ſind alle Sachen unterworfen, welche ſich im Verkehre befinden und dem Gläubiger eine Sicherheit gewähren können: L. 9. §. 1. D. *de Pign.* Gültiger Weiſe können daher verpfändet werden: 1) res immobiles und mobiles: L. 1. D. *Quae res pign.* 2) res praesentes und futurae: L. 15. pr. D. *de Pign.* 3) res vniuersales und singulares: L. 15. *cit.* §. 1. und 4) res corporales und incorporales.

Was nun in's Beſondere die res *incorporales* betrifft, ſo iſt zuvörderſt zu bemerken, daß Realſervituten niemals Gegenſtände der Verpfändung ſeyn können, weil ſie nicht von dem praedium dominans zu trennen ſind. Wohl aber ſind folgende res incorporales der Verpfändung unterworfen:

a. der vsusfructus. Hier ſind zwey Fälle denkbar:

α. der Eigenthümer verpfändet ſeinem Gläubiger zugleich mit der Sache ſelbſt auch den vsusfructus daran, was man ein pactum antichreticum nennt: L. 11. §. 1. D. *de Pign.* oder

β. der vsufructuarius verpfändet den Nießbrauch ſeinem Gläubiger, welcher nun ſo lange, als der vsusfructus dauert und

die Schuldforderung besteht, die Früchte der Sache beziehen kann: L. 11. *cit.* §. 2.

b. Forderungen. Hier hat der Gläubiger den Vortheil, daß er, wenn der Schuldner nicht zu rechter Zeit bezahlt, die ihm verpfändete Forderung durch eine actio vtilis geltend machen und, wenn der Gegenstand der Forderung eine res nec fungibilis ist, die Rechte eines Pfandgläubigers daran ausüben, wenn er aber in rebus fungibilibus besteht, die Summe, welche er zu fordern hat, abziehen kann: L. 18. pr. D. *de Pignorat. act.*

c. das Pfandrecht selbst. Eine solche Verpfändung heißt subpignoratio (Afterverpfändung) und hat die Wirkung, daß Der, zu dessen Gunsten sie geschehen ist, sich in Vorzug vor dem ersten Pfandgläubiger aus der Pfandsache bezahlt machen und auch die actio hypothecaria *vtilis* anstellen kann: L. 13. §. 2. D. *de Pign.*

Auch res *vniuersales* können, wie oben gesagt wurde, Gegenstände der Verpfändung seyn, d. h. es kann ein Pfandrecht am ganzen Vermögen des Schuldners begründet werden und heißt dann pignus *generale* im Gegensatze des *speciale*, welches nur an einer einzelnen Sache des Schuldners bestellt wird. Die Wirkung des pignus generale ist die, daß der Gläubiger, wenn er sein Pfandrecht ausübt, jede Sache des Schuldners beliebig in Anspruch nehmen kann, welche derselbe seit der Begründung des Pfandrechts eigenthümlich besessen oder erworben hat und daß der Gläubiger dieses Recht auch gegen jeden dritten Besitzer der einzelnen Sache verfolgen kann: L. 34. §. 2. D. *de Pign.* u. L. 8. D. *de Distract. pign.*

Zweytes Capitel.

Von der Begründung des Pfandrechts.

§. 491.

Uebersicht.

Das Pfandrecht kann auf dieselben Arten, wie die Servituten, begründet und erworben werden, jedoch mit Ausnahme der constitutiven Verjährung. Denn der Besitz (quasipossessio) des Verjährenden würde durchaus kein Kennzeichen, würde nichts

Charakteristisches an sich haben, woraus man abnehmen könnte, daß Jemand sich durch Verjährung zum Pfandgläubiger machen wollte, indem der Besitzer einer fremden Sache diesen animus durch keine besondere Handlung an den Tag legen könnte und, wenn er dieß gethan, der Schuldner davon wissen müßte, ohne zu widersprechen, in diesem Falle aber ein pignus tacite contractum vorhanden wäre, zu dessen Entstehung es nicht erst des Ablaufes der Verjährungszeit bedürfen würde.

Das Pfandrecht kann daher nur: 1) durch Vertrag, 2) durch letzten Willen, 3) durch das Gesetz selbst und 4) durch obrigkeitliche Verfügung begründet werden. Hieraus ergiebt sich von selbst eine Haupteintheilung des Pfandrechts in pignus *voluntarium*: quod volente tantum debitore constituitur und *necessarium*: quod etiam invito debitore obtinet.

I. Pignus voluntarium.

§. 492.

1. Wer kann ein Pfandrecht bestellen?

Ein Pfandrecht kann gültiger Weise nur derjenige Eigenthümer bestellen, welcher die freye Disposition über seine Güter hat, weil die Verpfändung eine Gattung der Veräußerung ist (§. 165.), obwohl nichts darauf ankommt, ob der Eigenthümer die Verpfändung zur Sicherung einer eigenen oder einer fremden Schuld vornimmt, welches letztere z. B. von Seiten eines Bürgen geschehen kann: L. 5. §. 2. D. *de Pign.* Die Verpfändung einer fremden Sache ist aber ungültig, ausgenommen:

1) wenn der Eigenthümer seine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung entweder gleich bey der Bestellung des Pfandes oder späterhin durch Ratihabition gegeben hat: L. 5. §. 2. D. *In quib. caus. pign. tac.*,

2) wenn Der, welcher die fremde Sache verpfändete, späterhin Eigenthümer derselben geworden ist: L. 16. §. 7. *de Pign.*,

3) wenn der Eigenthümer der verpfändeten Sache Erbe des Verpfänders geworden ist: L. 22. D. *eod.* und

4) bey der subpignoratio, bey welcher jedoch das Pfandrecht des zweyten Gläubigers nicht länger, als das des erstern dauert: L. 40. §. 2. D. *de Pignorat. act.*

§. 493.

2. Eintheilungen des pignus voluntarium:

a. in conuentionale und testamentarium.

Das pignus voluntarium kann auf eine doppelte Weise errichtet werden:

1) durch Vertrag: pignus *conuentionale.* Dieser Vertrag kann entweder contractus pignoratitius oder pactum hypothecae seyn (§. 488.) und in beyden Fällen entweder ausdrücklich oder stillschweigend eingegangen werden, daher die Eintheilung des pignus conuentionale in *expressum* und *tacitum*, welches letztere man passender pignus tacite contractum nennt, um es von dem pignus tacitum s. legale zu unterscheiden. Die vornehmsten Beyspiele eines pignus tacite contractum sind folgende:

a. wenn der Eigenthümer der Sache es weiß, daß Jemand dieselbe an einen Dritten verpfändet habe und dennoch bey diesem für den Schuldner gut sagt: L. 5. §. 2. D. *In quib. caus. pign. tac.*,

b. wenn der Verpachter eines praedium rusticum mit dem Pachter ausmacht, daß dieser gewisse res mobiles in das gepachtete Grundstück mit hereinbringen solle und der Pachter dieß auch wirklich thut (illata et inuecta): L. 5. C. *de Locat.* Dieß ist eine *hypotheca* tacite contracta und von der hypotheca *tacita* (legalis) zu unterscheiden, welche dem Verpachter an den vorhandenen Früchten zusteht: L. 7. pr. D. *In quib. caus. pign. tac.*, wovon weiter unten (§. 497.) die Rede seyn wird,

c. wenn der Schuldner in dem Augenblicke, in welchem er das geliehene Geld in Empfang genommen oder ein anderes Hauptgeschäft abgeschlossen hat, dem Gläubiger eine Sache übergiebt, ohne der Verpfändung Erwähnung zu thun. Hier wird freylich vorausgesetzt, daß kein anderer Grund der Uebergabe vorhanden sey.

2) durch letzten Willen: pignus *testamentarium.* Der Schuldner kann dem Gläubiger in seinem letzten Willen ein Pfandrecht bestellen, welches seinen Anfang gleich mit dem Tode des Testators nimmt, insofern zu dieser Zeit die Hauptschuld schon besteht: L. 26. pr. D. *de Pignorat. act.*

§. 494.

b. In publicum und priuatum.

Das pignus *publicum* hat zwar nach Römischem und heutigem Rechte einen und denselben Begriff, ist aber in seinen Wirkungen verschieden.

1) Begriff:

Pignus publicum: quod auctoritate magistratus constitutum est: L. 11. C. *Qui potiores in pign.* Ein solches Pfandrecht beruht auf einem instrumentum publicum (einer öffentlichen Urkunde), welchem nach Inhalt des angeführten Gesetzes ein instrumentum *quasipublicum* gleichgesetzt wird, d. h. eine solche Urkunde, die durch die Unterschrift von drey unbescholtenen, männlichen Zeugen beglaubigt wird. Jedes Pfandrecht also, welches weder auf einem instrumentum publicum, noch quasipublicum beruht, wird pignus *priuatum* genannt.

2) Verschiedene Wirkungen:

a. nach R. R. konnte man aus freyer Wahl entweder *publica* oder *priuata* pignora bestellen, nach heutigem aber steht diese Wahl nur in Hinsicht auf res *mobiles* frey, die in's Faustpfand gegeben werden. Denn eine ausdrückliche Hypothek kann heut zu Tage an beweglichen Sachen nicht begründet werden (§. 488.) und an Grundstücken nur mit Einwilligung und Bestätigung der competenten Obrigkeit (des iudex rei sitae), was aus einer Ansicht des deutschen Rechts über das dominium supremum des Staates an allen in demselben befindlichen Grundstücken herzuleiten ist;

b. nach R. R. hatte der Gläubiger, welcher sich ein pignus publicum bestellen ließ, eine doppelte Absicht:

α. er wollte sich den Beweis seines Pfandrechtes erleichtern, weil ein instrumentum publicum keine Exception zuläßt und

β. er wollte auf den Fall des Concurses seinem Pfandrechte den Vorzug vor andern und zwar vor den ältern Privat-Pfandgläubigern verschaffen, welchen Vorzug die angeführte L. 11. C. *Qui potiores in pign.* dem öffentlichen Pfandrechte allerdings zugesteht, aber nach heutigem Rechte fällt dieser Vorzug weg, wie in der Lehre vom Concurse der Pfandgläubiger näher angegeben werden soll, und es bleibt daher als Nutzen des öffent-

lichen Pfandes bloß noch die Erleichterung des Beweises übrig, daß ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache bestellt worden sey. Denn ein an einer unbeweglichen Sache, bloß von den Interessenten, ohne obrigkeitliche Bestätigung bestelltes Pfandrecht ist heut zu Tage völlig ungültig.

II. Pignus necessarium.

§. 495.

1. Obrigkeitliche Verfügung.

Das pignus necessarium kann sich auf einen doppelten Grund stützen, entweder auf das Gesetz selbst, oder auf eine obrigkeitliche Verfügung. Die letztere geschah bey den Römern entweder durch die missio in bona und daher das pignus *praetorium* oder durch die Vollstreckung eines richterlichen Urtheiles und daher das pignus *iudiciale.* Hiernach ist das pignus necessarium im R. R. dreyfach: 1) legale s. tacitum (§. 496. u. §. 497.) 2) praetorium und 3) iudiciale.

Das pignus praetorium wurde vom Prätor denjenigen Gläubigern ertheilt, welche unter den obwaltenden Umständen auf keine andere Weise sicher gestellt werden konnten: L. 26. pr. D. *de Pignorat. act.* — L. 12. D. *Pro emt.* Dieß geschah durch die missio in bona, welche sowohl unter Lebenden, wie z. B. wegen des damni infecti, oder wegen der Insolvenz eines Schuldners, als auch auf den Todesfall, z. B. legatorum seruandorum caussa oder auch ex edicto Carboniano, verfügt wurde.— Das prätorische Pfandrecht ist aber gänzlich zur Antiquität geworden und heut zu Tage auch keine Spur mehr davon vorhanden, indem vielmehr andere Sicherungsmittel, besonders Sequestration, Caution, Inhibition rc. an dessen Stelle treten.

Pignus iudiciale: quod per exsequutionem sententiae iudicialis in bonis debitoris factam efficitur. Dieß ist so zu verstehen, daß, wenn Der, welcher durch ein richterliches Urtheil condemnirt worden ist, die ihm auferlegte Zahlung nicht leistet, der Richter ihm diejenigen Sachen, welche zur Befriedigung des Gegners hinreichend scheinen, wegnehmen läßt, so daß dieselben als Pfänder dienen und nach Ablauf zweyer Monate veräußert werden können, wenn sie der Eigenthümer binnen dieser Zeit nicht eingelöst hat: L. 31. D. *de Re iud.*

§. 496.

2. Das Gesetz selbst:

a. pignus tacitum generale.

Dasjenige Pfandrecht, welches unmittelbar auf dem Gesetze selbst beruht, heißt pignus legale s. tacitum (gesetzliches oder stillschweigendes Pfandrecht) und ist entweder generale oder speciale, jenachdem es das ganze Vermögen des Schuldners umfaßt, oder nur bestimmte, einzelne Gegenstände betrifft. Im Allgemeinen ist hier zu bemerken, daß das gesetzliche Pfandrecht sich nie auf ein Faustpfand beziehen, sondern jederzeit nur eine Hypothek seyn kann, weil es an Sachen haftet, welche vom Schuldner nicht übergeben worden sind.

Eine hypotheca tacita *generalis* haben folgende Personen:

1) der Fiscus: an den Gütern

a. seiner Verwalter, von Zeit der übernommenen Administration an gerechnet, also nicht erst von Zeit der entstandenen Forderung an: arg. L. 3. C. *de Primip.*,

b. Derer, welche ihm aus irgend einem Contrakte: L. 2. C. *In quib. caus. pign. tac.* oder einem andern Rechtsverhältnisse etwas schuldig sind: L. 46. §. 3. D. *de Iure fisci.* Hier lassen die Worte: „fiscus semper habet ius pignoris" keine restrictive Erklärung zu, und

c. Derer, welche mit den an den Fiscus zu entrichtenden Abgaben im Rückstande sind: L. 1. C. *In quib. caus. pign. tac.*,

2) der Ehemann an dem Vermögen Desjenigen, welcher ihm eine dos versprochen hat: L. vn. §. 1. C. *de Rei vxor. act.* (§. 274.),

3) die Ehefrau an den Gütern des Ehemannes und zwar in dreyfacher Hinsicht:

a. wegen ihrer dos: L. 30. C. *de Iure dot.*,

b. wegen der donatio propter nuptias: Nou. 61. c. 1. u. Nou. 109. c. 1. und

c. wegen derjenigen Paraphernalien, an welchen sie ihrem Ehemanne irgend ein Recht eingeräumt hat: L. 11. C. *de Pact. conuent.*

4) die Kinder: an den Gütern

a. ihres Vaters: wegen des peculii aduentitii ordinarii: L. 8. §. 5. C. *de Sec. nupt.* in Verb. mit L. 6. §. 1. 2. u. 4. C. *de Bon. quae lib.*,

b. desjenigen Abscendenten, welcher zur zweyten Ehe übergegangen ist, wegen der Güter, deren Proprietät ihnen durch diese zweyte Ehe angefallen ist: L. 8. §. 4. u. 5. C. *de Sec. nupt.* (§. 303.) und

c. des Stiefvaters, welchen ihre Mutter, die die Vormundschaft über sie geführt, vor abgelegter Vormundschafts-Rechnung geheyrathet hatte: L. 6. C. *In quib. caus. pign. tac.*

5) pupilli und curandi an den Gütern ihrer Vormünder und Curatoren: L. 20. C. *de Administr. tut.*

6) die Kirche an dem Vermögen ihres emphyteuta, wenn dieser das Grundstück deteriorirt hat: Nou. 7. c. 3. §. 2. und

7) wenn Jemand einem Wittwer oder einer Wittwe ein Vermächtniß unter der Bedingung hinterlassen hat, daß, wenn der Wittwer oder die Wittwe wieder heyrathete, das Legat einer andern Person zufallen sollte, so hat diese letztere an den Gütern des Vermächtnißnehmers eine allgemeine, stillschweigende Hypothek: Nou. 22. c. 44. §. 2. u. 8.

§. 497.

b. Pignus tacitum speciale.

Ein besonderes, stillschweigendes Pfandrecht, welches also nur an bestimmten Sachen geltend gemacht werden kann, haben folgende Personen:

1) der Fiscus an denjenigen Gütern seiner Contrahenten, welche diese nach dem mit dem Fiscus eingegangenen Contrakte erworben haben: L. 28. D. *de Iure fisci.* Obwohl nämlich dem Fiscus schon eine hypotheca *generalis* an allen Gütern seiner Contrahenten zusteht, so ist doch die *specialis*, welche an den nach geschlossenem Contrakte erworbenen Gütern haftet, deshalb auszuzeichnen, weil sie nach Inhalt des angeführten Gesetzes eine privilegirte ist, d. h. weil sie im Concurse den ältern Hypotheken vorgezogen wird,

2) der Verpachter eines praedium *rusticum* wegen des Pachtgeldes an den fructibus *exstantibus*, d. h. an den ein-

geärndteten Früchten, welche noch in den Vorrathsgebäuden vorhanden sind: L. 7. pr. D. *In quib. caus. pign. tac.*,

3) der Vermiether eines praedium *vrbanum* wegen des Miethzinses und auf den Fall der vom Abmiether verursachten Deterioration: an den inuectis et illatis, d. h. an denjenigen Mobilien, welche der Abmiether in die gemiethete Wohnung hineingeschafft hat: L. 2. D. *eod.*,

4) Derjenige, welcher zum Wiederaufbau eines abgebrannten oder sonst völlig zerstörten Hauses Geld geliehen hat, an diesem Hause: L. 1. D. *eod.* Dieß ist weder von einem Neubau, noch auch, nach der richtigern Meynung, von einer bloßen Reparatur zu verstehen,

5) Minderjährige an denjenigen Sachen, welche für ihr Geld angekauft worden sind: L. 7. pr. D. *Qui potiores in pign.*,

6) Legatarii et fideicommissarii wegen ihres Vermächtnisses. Diese stillschweigende Hypothek ist nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nur eine specialis, d. h. sie steht den erwähnten Personen nicht an der ganzen Erbschaft zu, auch nicht an allen Gütern Desjenigen, welcher mit Auszahlung des fraglichen Vermächtnisses beauftragt ist, sondern nur an denjenigen Gütern desselben, welche ihm von dem Testator zugefallen sind: L. 1. C. *Comm. de legat.* Endlich fügt die Praxis noch hinzu:

7) Die, welche aus einem gewissen Grundstücke eine jährliche Rente fordern können, an diesem Grundstücke selbst.

Drittes Capitel.

Von den Wirkungen des Pfandrechts.

Erste Abtheilung.

Allgemeine Wirkungen.

§. 498.

I. Auf Seiten des Schuldners.

Die Wirkungen des Pfandrechts lassen sich überhaupt in zwey Classen eintheilen, nämlich in allgemeine und besondere, jenachdem sie aus dem Gesetze, oder aus Nebenver-

trägen (pactis contractui pignoratitio adiectis) entspringen, welche unter den Interessenten eingegangen worden sind.

Die allgemeinen Wirkungen treten theils auf Seiten des Schuldners, theils auf Seiten des Gläubigers ein. In Hinsicht auf den erstern ist Folgendes zu bemerken:

1) der Pfandschuldner bleibt, während des pfandrechtlichen Verhältnisses, nach wie vor Eigenthümer der verpfändeten Sache: L. 35. §. 1. D. *de Pignorat. act.* Hieraus geht hervor:

a. daß er die verpfändete Sache auch durante nexu pignoratitio frey veräußern kann, wenn er nur dadurch dem Pfandgläubiger den Besitz derselben nicht entzieht: L. 18. §. 2. D. *eod.* und

b. daß er in der Regel auch während des Pfandverhältnisses die Nutzungen der Sache in Anspruch nehmen, mithin auch dieselbe verpachten kann: L. 35. §. 1. *cit.*,

2) wenn der Pfandschuldner nicht der wirkliche Eigenthümer, sondern bloß der bonae fidei possessor der verpfändeten Sache ist, so kann er auch während des Pfandverhältnisses die begonnene Verjährung gültiger Weise fortsetzen und beendigen: L. 16. D. *de Vsurp.*

§. 499.

II. Auf Seiten des Gläubigers.

1. Ius retentionis.

Von Seiten des Gläubigers äußern sich die allgemeinen Wirkungen des Pfandverhältnisses in zwey Hauptrechten, dem ius retentionis und ius distractionis.

Das ius retentionis ist das Recht des Pfandgläubigers, den Besitz der verpfändeten Sache so lange fortzusetzen, bis er wegen seiner Forderung vollständig befriedigt ist: L. 8. pr. D. *de Pignorat. act.* Dieses Recht steht nicht nur dem Faustpfandgläubiger, sondern auch dem hypothekarischen zu, welcher letztere sich freylich erst durch Anstellung der actio hypothecaria den Weg zum Besitze der verpfändeten Sache bahnen muß: L. 2. C. *de Praetor. pign.*

Ueber die Natur dieses Retentionsrechtes sind zwey Hauptsätze zu merken:

1) es ist ein ius retentionis *qualificatum*, da die Retention kraft eines dinglichen Rechtes ausgeübt wird und hat das Eigenthümliche, daß es nicht nur wegen derjenigen Forderung geltend gemacht werden kann, zu deren Sicherung das Pfand bestellt worden war, sondern auch wegen chirographarischer Schulden, d. h. wegen welcher keine Verpfändung Statt gefunden hatte: L. VII. C. *Etiam ob chirogr. pec. pign. ten.* (§. 162.)

2) es kann nach R. R. auch während des Concurses ausgeübt werden, nicht aber nach heutigem, nach welchem alle Faustpfänder an die Concursmasse eingeliefert werden müssen. Der Grund ist darin zu suchen, daß bey den Römern der Concurs der Gläubiger ein iudicium *singulare* war, weil die Pfandgläubiger mit den chirographarischen nichts gemein hatten, heut zu Tage aber ein iudicium *vniuersale* ist, kraft dessen sich die sämmtlichen Gläubiger des Gemeinschuldners in einer Masse befinden.

§. 500.

2. Ius distractionis:

a. Privatverkauf.

Distractio pignoris: alienatio pignoris a creditore pignoratitio propter moram debitoris facta. Sie unterscheidet sich

1) von der *alienatio* pignoris im eigentlichen Sinne dadurch, daß letztere vom Schuldner, als Eigenthümer, vorgenommen wird: L. 18. §. 2. D. *de Pignorat. act.* und

2) von der *cessio* pignoris, welche zwar allerdings vom Pfandgläubiger geschieht, aber keine mora des Schuldners voraussetzt, indem sie auch vor Eintritt derselben gültiger Weise erfolgen kann: L. 13. §. 2. D. *de Pign.*

Das wesentliche Erforderniß der distractio pignoris ist also die mora des Schuldners: L. 4. D. *de Distract. pign.* u. L. 7. u. 8. C. *eod.* — Wenn sich nun der Schuldner wirklich in mora befindet, so steht es ganz in der Willkühr des Gläubigers, ob er die verpfändete Sache noch ferner retiniren, oder ob er sie verkaufen will. Wählt er das Letztere, so ist er nicht gerade verbunden, sie zur Subhastation zu bringen, sondern er kann sie priuata auctoritate verkaufen, an wen er will, muß jedoch dabey folgende Erfordernisse beobachten:

1) er muß den säumigen Schuldner von der bevorstehenden Veräußerung in Kenntniß setzen und, nachdem dieß geschehen ist,

noch den Ablauf zweyer Jahre erwarten, ehe er zum Verkaufe schreitet: L. 3. §. 1. C. *de Iure domin. impetr.* — Dieses biennium wird aber heut zu Tage nicht mehr beobachtet;

2) er muß bey der Veräußerung der Pfandsache bona fide zu Werke gehen, d. h. er muß sich bemühen, einen dem Werthe der Sache angemessenen Preis zu erhalten, weil er in diesem Verhältnisse als mandatarius des Schuldners angesehen wird: L. 4. C. *de Distract. pign.* Wenn daher der Gläubiger unter dem Werthe verkauft hat, so kann der Schuldner nach Vorschrift des angeführten Gesetzes die nöthigen Rechtsmittel gebrauchen, nämlich a. die actio pignoratitia directa gegen den Gläubiger, welcher zwar nicht die Sache selbst gewähren kann, aber doch zur Nachzahlung des fehlenden Preises verbunden ist, b. die actio mandati directa vtilis, weil, wenn auch der Gläubiger keinen besondern Auftrag zur Veräußerung erhalten hatte, doch ein solcher eventuell in jeder Verpfändung liegt, c. die actio de dolo malo, wenn dem Gläubiger eine Arglist nachgewiesen werden kann: L. 50. D. *de Euict.* und d. die actio venditi vtilis gegen den Käufer der verpfändeten Sache: L. 3. C. *Si vend. pign. ag.* —

3) Wenn die distractio pignoris unter den obigen Erfordernissen geschehen ist, so geht das volle und unwiderrufliche Eigenthum der Sache auf den Käufer über, insofern der Schuldner selbst der Eigenthümer derselben war und der Gläubiger kann sich von dem gelösten Gelde vollständig bezahlt machen, muß jedoch Das, was nach Abzug seiner Forderung übrig bleibt (hyperocha), dem Schuldner herausgeben: L. 24. §. 2. D. *de Pignorat. act.* Endlich ist bey der distractio pignoris noch

4) die Hauptregel zu merken, daß bey einem Privatverkaufe des Pfandes der Gläubiger selbst niemals der Käufer seyn kann: L. 10. C. *de Distract. pign.*

§. 501.

b. Subhastation.

Wenn sich aber der Pfandgläubiger den bisher beschriebenen Weitläuftigkeiten nicht aussetzen will, so kann er, wenn das erwähnte biennium abgelaufen ist, die verpfändete Sache zur Subhastation bringen und hier ist es ihm allerdings gestattet, selbst unter den Licitanten zu erscheinen und, wenn er das höchste Gebot thut, die Sache zu kaufen: L. 2. C. *Si in caussa iud.* Sollte

aber im Subhastations-Termine kein Licitant erscheinen oder doch wenigstens kein annehmbares Gebot erfolgen, so kann der Gläubiger ein Rescript des Landesherrn auswirken, kraft dessen ihm die Pfandsache gegen die gerichtliche Taxe zugeschlagen wird, welche Erwerbungsart impetratio dominii heißt: L. 3. C. *Si in caus. iud.* — Ehe aber dieselbe erfolgen kann, muß der Schuldner noch einmal erinnert werden und wenn sie bereits geschehen ist, kann der Schuldner demungeachtet seine Pfandsache noch binnen zwey Jahren, von der Erinnerung an gerechnet, aus den Händen des Pfandgläubigers wieder einlösen: L. 3. §. 2. u. 3. C. *de Iure domin. impetr.*

Zweyte Abtheilung.

Besondere Wirkungen.

§. 502.

1. Lex commissoria.

Lex commissoria: pactum, quo creditor, si debitor moram incurrit, rem oppignoratam absque respectu veri valoris sibi habere potest. Kraft dieses Vertrages kann der Pfandgläubiger die Sache für sich behalten, wenn der Schuldner nicht zur festgesetzten Zeit bezahlt, ohne daß hier auf den Werth der verpfändeten Sache oder auf die Summe Rücksicht genommen wird, welche darauf geliehen worden ist. Diesen Vertrag, weil er in jedem Falle ein wucherischer ist, hat Constantin d. Gr. in der L. 3. C. *de Pact. pignor.* ausdrücklich verboten und sein Gesetz wurde sowohl durch das canonische Recht: c. 7. X. *de Pignorib.* als durch das Reichsrecht: Reichsabschied vom J. 1577. Tit. XII. §. 24. bestätigt.

Mit diesem unerlaubten Vertrage darf die Uebereinkunft nicht verwechselt werden, durch welche dem Gläubiger gestattet wird, auf den Fall der mora die verpfändete Sache für einen dem Werthe derselben angemessenen Preis zu kaufen. Denn dieser Vertrag, den man pactum de emendo pignore nennen kann, wird von den Gesetzen, als eine emtio venditio conditionalis, gebilligt: L. 16. §. vlt. D. *de Pign.*

§. 503.

2. Pactum vt und pactum ne pignus vendere liceat.

Das pactum vt pignus vendere liceat befreyt den Gläubiger, wenn der Schuldner in mora ist, von jeder Förmlichkeit, welche er bey der distractio pignoris, dem Gesetze nach, zu beobachten hat. Er ist daher in diesem Falle weder verbunden, den Schuldner von der bevorstehenden Veräußerung in Kenntniß zu setzen, noch braucht er das gesetzliche biennium abzuwarten, sondern kann, so wie die mora des Schuldners eintritt, die Sache ohne Weiteres verkaufen: L. 3. §. 1. C. *de Iure domin. impetr.*

Das pactum ne pignus vendere liceat entzieht dem Gläubiger keineswegs das Recht, die verpfändete Sache zu veräußern, denn dieß würde mit dem Begriffe des Pfandrechts in Widerspruch stehen, sondern hat nur die Wirkung, daß statt der einmaligen Erinnerung des Schuldners, wie sie in der Regel ist, eine dreymalige Anzeige an denselben erforderlich wird: L. 4. D. *de Pign. act.*

Mit diesen beyden Verträgen darf aber dasjenige pactum nicht verwechselt werden, durch welches der Schuldner verspricht, daß er, so lange das Pfandrecht dauere, die verpfändete Sache nicht veräußern wolle. Nimmt der Schuldner troß diesem Versprechen eine Veräußerung vor, so ist dieselbe ipso iure null und nichtig: L. 7. §. 2. *de Distract. pign.*

§. 405.

3. Pactum antichreticum.

Pactum antichreticum s. *antichresis*: pactum, quo creditori licet, *fructus* rei oppignoratae loco *vsurarum* percipere. Dieser Vertrag kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend eingegangen werden. Der letztere Fall tritt ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine res frugifera zum Pfande giebt, ohne der Zinsen Erwähnung zu thun. In diesem Falle kann der Gläubiger die Früchte der Sache bis zur Quantität der gesetzlichen Zinsen percipiren: L. 8. D. *In quib. caus. pign. tac.* Dieß ist ein casus vnicus. Denn es werden hier Zinsen percipirt, welche weder versprochene, noch Vorzugszinsen sind.

Beym pactum antichreticum muß der Gläubiger in der Regel Rechnung über die bezogenen Früchte ablegen, weil er sich nur so viel zueignen darf, als der gesetzliche Zinsfuß mit sich bringt,

und ohne jene Verbindlichkeit leicht wucherische Geschäfte eingegangen werden könnten: L. 8. *cit.* Aber eine Ausnahme, in welcher die Rechnungs-Ablegung wegfällt, kommt beym pactum antichreticum *expressum* und zwar dann vor, wenn es ungewiß ist, ob und wie viele Früchte die verpfändete Sache tragen werde. In diesem Falle kann der Gläubiger auch diejenigen Früchte für sich behalten, welche den gesetzlichen Zinsfuß übersteigen, weil er es sich auch gefallen lassen muß, wenn er weniger oder gar keine Früchte percipirt: L. 17. C. *de Vsur.*

§. 505.

4. Pactum, vt fundum ingredi liceat.

Dieser Nebenvertrag setzt stets eine Hypothek (im Gegensatze des Faustpfandes) voraus und ertheilt dem Gläubiger das Recht, sich, wenn der Schuldner zu rechter Zeit nicht zahlt, in den Besitz des verpfändeten Grundstückes zu setzen: L. 3. C. *de Pignorib.* Dieß darf nun zwar der Gläubiger nicht eigenmächtig thun, sondern muß, wie das angeführte Gesetz ausdrücklich verordnet, die obrigkeitliche Hülfe in Anspruch nehmen, aber es reicht zu diesem Zwecke eine bloße Imploration hin und der Nutzen des Vertrages besteht darin, daß der Gläubiger die actio hypothecaria und den mit derselben verbundenen, zuweilen sehr schwierigen Beweis erspart, sich auch gegen den Schuldner durch eine Exception schützen kann, die er auf dieses pactum adiectum stützt.

Viertes Capitel.

Vom Concurs der Pfandgläubiger.

§. 506.

I. Begriff und Natur.

Concursus creditorum pignoratitiorum: conditio, qua plures creditores pignoratitii ex vna eademque re debitoris sibi oppignorata ita solutionem petunt, vt omnibus ea re satisfieri nequeat.

Man muß sich den Concurs der Pfandgläubiger ganz speciell denken und ihn nicht mit dem Concurs der Gläubiger verwechseln. Der Concurs der Pfandgläubiger setzt nämlich eine ein-

zige Sache des Schuldners voraus, an welcher so viele verschiedene Pfänder bestellt worden sind, daß der Werth der Sache zur Befriedigung der sämmtlichen Pfandgläubiger nicht hinreicht. Unter den Pfandgläubigern, welche in einem solchen Concurse vorkommen, sind also nicht die sämmtlichen Pfandgläubiger eines und desselben Schuldners zu verstehen, die an verschiedenen Sachen des Letztern ein Pfandrecht haben, sondern nur die sämmtlichen Pfandgläubiger, welchen an einer und derselben Sache des Schuldners ein Pfandrecht zusteht.

Der Zweifel aber, ob es überhaupt zu einem solchen Concurse kommen könne, da sich doch jeder Gläubiger vor der Bestellung des Pfandrechtes in Kenntniß setzen könne, ob und wie weit die Sache schon verpfändet sey, läßt sich dadurch beseitigen, daß die Lehre vom Concurs der Pfandgläubiger durch die stillschweigenden Hypotheken herbeygeführt worden ist, welche häufig sogar ohne Wissen des Schuldners selbst an dessen gesammten, oder einzelnen Sachen haften, was um so mehr von fremden Personen gilt, die mit den Verhältnissen des Schuldners nicht genau bekannt sind.

II. Von der Priorität:

§. 507.

1. Aetas.

Da nun das Wesentliche dieses Concurses darin besteht, daß nicht alle Gläubiger aus der verpfändeten Sache ihre vollständige Befriedigung erhalten können, so haben die Gesetze eine bestimmte Rangordnung eingeführt, kraft welcher ein Gläubiger dem andern vorgezogen wird. Diese Rangordnung beruht auf einem dreyfachen Fundamente: 1) aetas: die Zeit, zu welcher das Pfandrecht bestellt worden ist, 2) natura pignoris *publici*, welches letztere nach R. R. dem pignus *priuatum* vorgezogen wird und 3) priuilegium, vermöge dessen das privilegirte Pfandrecht dem einfachen vorgeht. Die stärkste Prärogative liegt im Privilegium, weil dieses die Wirkunng hat, daß das Pfandrecht, welches sich darauf stützt, sowohl den öffentlichen, als den ältern vorgezogen wird. Hierauf folgt in der Rangordnung das pignus *publicum* und den Beschluß macht die aetas. Demungeachtet ist diese letztere voranzustellen, weil sie die Grundnorm ausmacht, nämlich weil sie unter denjenigen Gläubigern, die sich eines gleichen Pfandrechtes erfreuen, den Ausschlag giebt.

Was nun also die aetas betrifft, so ist die Regel zu merken, daß das früher begründete Pfandrecht dem später entstandenen vorgeht: L. 8. C. *Qui potiores in pign.* Sollte aber das Alter der verschiedenen Pfandrechte sich nicht mit Gewißheit bestimmen lassen, so wird

1) derjenige Pfandgläubiger vorgezogen, welcher sich im Besitze der verpfandeten Sache befindet: L. 10. D. *de Pign.* Ist keiner derselben im Besitze, so geht

2) derjenige vor, welcher das Alter seines Pfandrechtes nachweisen kann, indem dieser zu Feststellung der Priorität das Seinige gethan hat und wenn auch Niemand einen solchen Beweis führen kann, so werden

3) die sämmtlichen Gläubiger nach Verhältniß ihrer Forderungen aus der verpfändeten Sache befriedigt: L. 16. §. 8. D. *eod.*

Von der Regel aber, daß das ältere Pfandrecht dem jüngern vorgehe, giebt es zwey Ausnahmen:

1) wenn der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache wiederum seinem Gläubiger verpfändet, also der Fall der subpignoratio (Afterverpfändung). Hier wird der zweyte oder spätere Pfandgläubiger dem erstern oder frühern vorgezogen: L. 13. §. 2. D. *eod.* und

2) wenn das spätere Pfandrecht einem Glaubiger begründet wurde, welcher die Pfandsumme zur Erhaltung derjenigen Sache dargeliehen hatte, an der schon ein früheres Pfandrecht haftete. Es ist z. B. ein Schiff, welches Jemandem verpfändet war, so schadhaft geworden, daß es ohne Reparatur ferner nicht zu brauchen wäre. Der, welcher zu diesem Zwecke Geld vorgeschossen hat, wird dem frühern Pfandgläubiger vorgezogen: L. 5. u. 6. D. *Qui potiores in pign.*

§. 508.

2. Natura pignoris publici.

Ein zweyter Grund des Vorzugsrechtes ist der Umstand, daß das Pfandrecht unter obrigkeitlicher Bestätigung errichtet worden ist. Dieses wird nach R. R. allen Privatpfändern vorgezogen, wenn auch dieselben älter sind: L. 11. C. *Qui potiores in pign.* — Im heutigen Rechte kann aber dieser Vorzugsgrund nicht mehr zur Anwendung kommen, weil heut zu Tage

die sämmtlichen Privatpfänder Faustpfänder sind und ausdrückliche Hypotheken nicht anders, als mit obrigkeitlicher Einwilligung bestellt werden können, die stillschweigenden Hypotheken aber weder zu den publicis, noch zu den priuatis gehören. Vgl. §. 494.

§. 509.

3. Priuilegium.

Das Privilegium des Pfandrechtes hat die Wirkung, daß das letztere allen übrigen Pfandrechten vorgezogen wird, ohne Frage, ob diese ältere oder öffentliche Pfandrechte sind. Hiernach wird das pignus in simplex und priuilegiatum s. qualificatum eingetheilt.

Die privilegirten Hypotheken sind von doppelter Art, entweder tacitae oder expressae.

1. Tacitae. Unter diesen kommen sowohl generales, als speciales vor und die Personen, welchen sie zustehen, sind folgende:

a. der Fiscus in dreyfacher Hinsicht:

α. wegen der rückständigen, öffentlichen Abgaben und hier geht der Fiscus unbedingt allen übrigen Gläubigern vor: L. 1. C. *Si propter publ. pensitat.*,

β. wegen des sogenannten debitum primipilare. Primipilus ist nämlich der Kriegs-Zahlmeister, der Verwalter des fiscus militaris, welcher an die Armee den Sold auszuzahlen hat. Da nun dieser Beamte große Summen vom Staate empfängt, so ist der Fiscus an dem Gesammtvermögen desselben mit einem privilegirten Pfandrechte versehen: L. 3. C. *de Primip.* und

γ. in Hinsicht auf diejenigen Güter seiner Contrahenten, welche diese nach dem mit dem Fiscus eingegangenen Contrakte erworben haben: L. 28. D. *de Iure fisci.*,

b. die Ehefrau wegen ihrer dos an dem ganzen Vermögen des Ehemannes: L. 12. §. 1. C. *Qui potiores in pign.* Dieses Privilegium erstreckt sich aber keinesweges auf die bona paraphernalia, an welchen die Ehefrau ihrem Manne irgend ein Recht eingeräumt hat und eben so wenig auf die donatio propter nuptias. (§. 284.)

c. Der, welcher zum Wiederaufbau eines zerstörten Hauses Geld hergeliehen hat, in Bezug auf dieses Haus: L. 24. §. 1. D. *de Reb. auct. iud. possid.*

d. **Minderjährige** wegen der für ihr Geld angekauften Sachen: L. 7. pr. D. *Qui potiores in pign.* und die Praxis fügt noch hinzu:

e. Die, welche aus einem gewissen Grundstücke **jährliche Renten** zu beziehen haben, in Hinsicht auf dieses Grundstück.

2. Expressae. Die Gläubiger, welche hier vorkommen, können wegen ihrer Forderungen nur dann einen Vorzug vor andern Gläubigern geltend machen, wenn sie sich zur Sicherheit ihrer Forderungen eine **ausdrückliche Hypothek** haben bestellen lassen. Ist dieß **nicht** geschehen, so haben sie nicht nur kein Vorzugsrecht, sondern sind nicht einmal hypothekarische Gläubiger. Hierher gehören:

a. Die, welche zum **Ankauf** irgend einer körperlichen Sache oder auch eines käuflichen Amtes (einer militia), oder zur **Erbauung** eines Hauses oder Schiffes Geld hergeliehen, sich aber zu ihrer Sicherheit eine Hypothek haben bestellen lassen: L. 7. C. *Qui potiores in pign.* — L. 7. C. *de Pignorib.* — Nov. 97. c. 3. und

b. Die, welche ein Grundstück verkauft, aber nicht volle Bezahlung erhalten haben und sich wegen der **rückständigen Kaufgelder** an dem fraglichen Grundstücke eine Hypothek haben bestellen lassen: arg. L. 17. C. *Qui potiores in pign.* und besonders nach der **Praxis**, welche hier von den Grundsätzen über die versio in rem ausgeht.

§. 510.

Concurrenz der privilegirten Hypotheken.

Wenn nun aber **mehrere** privilegirte Hypotheken unter sich concurriren, so kommen folgende Grundsätze zur Anwendung:

1) Im Allgemeinen entscheidet das **Alter**. Doch giebt es **vier** privilegirte Hypotheken, welche allen übrigen vorgehen und unter sich wieder folgende Rangordnung einnehmen:

a. die des **Fiscus** wegen der rückständigen Abgaben und wegen des debitum primipilare: L. 1. C. *Si propter publ. pensitat.* u. L. 3. C. *de Primip.*,

b. nach der **Praxis**: die ausdrückliche Hypothek wegen rückständiger Kaufgelder,

c. die ausdrückliche Hypothek Derjenigen, welche zum An-

kaufe einer militia Geld hergeliehen haben und die erfolgte Bestellung ihrer Hypothek durch eine von Zeugen unterschriebene Urkunde beweisen können: Nou. 97. c. 4. und

d. die Hypothek der Ehefrau wegen ihrer dos: Nou. 97. c. 3. u. 4.

2. Auf den Unterschied zwischen hypothecis expressis und tacitis, so wie zwischen publicis und priuatis kommt bey den privilegirten Hypotheken nichts an. Endlich

3. die Zinsen, welche der Pfandgläubiger außer seinem Capitale zu fordern hat, werden mit dem Capitale selbst auf eine und dieselbe Stelle gesetzt, da sie, als accessorium, auf demselben Rechte beruhen: L. 18. D. *Qui potiores in pign.*

III. Ius offerendi.

§. 511.

1. Begriff und rechtliche Natur desselben.

Die bisher erklärte Rangordnung, welche im Concurs der Pfandgläubiger Statt findet, kann zuweilen eine Aenderung erleiden, nämlich wenn der eine oder andere Pfandgläubiger das Abfindungsrecht ausübt.

Ius offerendi (Abfindungsrecht): ius creditori pignoratitio in concursu competens, vi cuius potiori creditori id, quod huic debetur, soluere et in eius locum succedere potest: L. 32. C. *de Pign.*

Dieses Recht muß folgenden Erfordernissen entsprechen:

1) es kann nur von einem Pfandgläubiger und nur gegen einen solchen ausgeübt werden und zwar gegen jeden, ohne Unterschied, ob er ein publicus oder priuatus, ein priuilegiatus oder simplex ist: L. 10. C. *Qui potiores in pign.*,

2) der offerens kann sein Recht nicht anders mit Wirkung ausüben, als wenn er den oblatus vollständig, d. h. nicht nur wegen des Capitales, sondern auch wegen der Zinsen und anderer Nebenforderungen befriedigt: L. 5. C. *Qui potiores in pign.* Doch sind hier unter Nebenforderungen nur diejenigen zu verstehen, welche wirklich mit derjenigen Hauptschuld zusammenhängen, für die das Pfandrecht ursprünglich bestellt worden war. Daher ist der offerens keineswegs verbunden, dem oblatus auch diejenigen Forderungen zu bezahlen, welche der Letztere noch

außer der Pfandschuld mit dem debitor contrahirt hat: L. vn. C. *Etiam ob chirogr. pec. pign.*,

3) es kommt bey Ausübung dieses Rechtes nicht auf die Einwilligung des Schuldners und eben so wenig auf die des Gläubigers an, gegen welchen die Ausübung Statt findet. Denn wenn der Letztere die Annahme verweigert, so kann der Offerent die Abfindungs-Summe gerichtlich deponiren: L. 1. C. *Qui potiores in pign.* und nimmt nun ipso iure die Stelle ein, auf welcher sich bis jetzt der creditor oblatus befunden hatte: L. 2. u. L. 3. §. 1. D. *de Distract. pign.*,

4) keineswegeś hat aber das ius offerendi die Wirkung, daß der offerens seine eigene Forderung an den Platz des oblatus mit hinaufnähme, mithin an diesem Platze nicht nur die bezahlte Abfindungs-Summe, sondern auch die Tilgung derjenigen Forderung verlangen könnte, zu deren Sicherung ihm selbst das Pfandrecht bestellt worden war, vielmehr bleibt der offerens rücksichtlich seiner eigenen Forderung an seinem alten Platze und tritt bloß wegen der bezahlten Abfindungs-Summe an die Stelle des abgefundenen Gläubigers: L. 16. u. 20. D. *Qui potiores in pign.*,

5) wie die Gläubiger selbst in einer bestimmten Rangordnung stehen, so muß auch das ius offerendi nach einer solchen ausgeübt werden, so daß dieß zuerst von demjenigen geschehen kann, welcher dem abzufindenden Gläubiger am Nächsten steht und dann erst, wenn dieser das ius offerendi nicht ausüben will, die übrigen Gläubiger, nach Maaßgabe ihrer Plätze, an die Reihe kommen, ohne daß hierdurch den Rechten der in der Mitte stehenden Gläubiger ein Eintrag geschieht: L. 16. D. *cit.* Auch kann das ius offerendi gegen einen solchen Gläubiger ausgeübt werden, welcher sich bereits desselben Rechts gegen einen ältern Gläubiger bedient hatte: L. 5. §. 1. D. *de Distract. pign.* und

6) wenn ein solcher Pfandgläubiger das Abfindungsrecht ausübt, welcher nicht unmittelbar unter dem abzufindenden Gläubiger steht, so muß ihm der Letztere seine bisherige Forderung nebst dem deshalb bestellten Pfandrechte durch förmliche Cession abtreten: arg. L. 19. D. *Qui potiores in pign.*

§. 512.

2. Von dem Nutzen, welchen das Abfindungsrecht gewährt.

Da nun aber der Offerent nicht befugt ist, die Bezahlung seiner eigenen Forderung an dem Platze des abgefundenen Gläubigers zu verlangen, indem er an diesem Platze nur die Abfindungs-Summe bekommt, so entsteht die Frage, zu welchem Zwecke das ius offerendi überhaupt ausgeübt werde? Der Nutzen, den dieses Recht gewährt, zeigt sich auf mannigfaltige Weise und wird in der L. 5. C. *Qui potiores in pign.* mit den allgemeinen Worten bezeichnet: „si tu illi (creditori priori) omne, quod debetur, solueris, *pignoris tui caussa firmabitur*". Es lassen sich nämlich folgende Vortheile erreichen:

1) der Offerent kann durch Ausübung des Abfindungsrechtes die Veräußerung der verpfändeten Sache, welche der besitzende, höher stehende Gläubiger vornehmen will, verhindern, weil er hofft, daß dieselbe vielleicht später zu höherem Preise loszuschlagen sey und er deshalb auch für seine eigene Forderung befriedigt werden könne: L. 3. C. *Si antiqu. cred.*,

2) er kann umgekehrt in der entgegengesetzten Absicht, weil der abzufindende Gläubiger damit zögert, die Veräußerung bewerkstelligen, indem er sich gerade gegenwärtig getraut, einen erwünschten Kaufpreis für die Sache zu erhalten: L. 5. pr. D. *de Distract. pign.* u. L. 8. C. *Qui potiores in pign.*

3) er tritt in alle Rechte desjenigen Pfandverhältnisses ein, welches zwischen dem abgefundenen Gläubiger und dem Pfandschuldner bestanden hatte: L. 2—4. C. *de His, qui in prior. cred. loc.*, mithin auch in alle pacta adiecta, was besonders in Hinsicht auf das pactum antichreticum von Wichtigkeit ist und

4) wenn der Offerent ein pignus speciale hat, der abzufindende Gläubiger aber ein generale, kraft dessen er nach Belieben jeden zu dem Vermögen des Schuldners gehörigen Gegenstand in Anspruch nehmen kann (§. 490.), so bedient sich der Offerent seines Rechtes, um den Nachtheil abzuwenden, der ihm dadurch erwachsen würde, daß der abzufindende Gläubiger sein Generalpfand gerade an derjenigen Sache ausübte, an welcher er, der Offerent, ein pignus speciale hat. Vgl. L. 1. D. *de Distract. pign.* In diesem Falle wird sich nun der Offerent, um wieder zu der von ihm bezahlten Abfindungs-Summe zu gelangen, nicht an die Sache des

Schuldners halten, an welcher ihm das pignus *speciale* zusteht, sondern zu jenem Zwecke die übrigen in Anspruch nehmen, um sich das bestimmte Object für sein Specialpfand aufzusparen.

§. 513.

3. Fälle, in welchen das Abfindungsrecht nicht ausgeübt werden kann.

Das ius offerendi fällt aber weg:

1) wenn einer der höher stehenden Gläubiger die verpfändete Sache bereits gültig veräußert hat: L. 3. pr. D. *de Distract pign.*,

2) wenn auf die Veräußerung des Pfandes bereits rechtskräftig erkannt worden ist, was mit dem schon geschehenen Verkaufe dieselbe Wirkung hat,

3) wenn der Ausübung des ius offerendi die Erstinctiv-Verjährung von dreyßig Jahren entgegen steht: L. 7. §. 3. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.* und

4) heut zu Tage, wenn zu dem Vermögen des Schuldners Concurs ausgebrochen ist. Außerdem kann aber auch nach heutigem Rechte das ius offerendi unter den Pfandgläubigern ausgeübt werden.

Fünftes Capitel.

Von der hypothekarischen Klage.

§. 514.

1. Begriff.

Es giebt nur eine einzige Klage, welche aus dem Pfandrechte angestellt werden kann, nämlich die

Actio hypothecaria: actio realis, quam instituit creditor pignoratitius aduersus quemcumque rei oppignoratae possessorem ad rem cum omni caussa sibi tradendam. Die Kennzeichen dieser Klage sind folgende:

1) jeder Pfandgläubiger ohne Unterschied kann sie anstellen und zwar eben so wohl der creditor pignoratitius in specie sic dictus (Faustpfandgläubiger), als der creditor hypothecarius.

Vom erstern kann dieß natürlich nur insofern verstanden werden, als er den Besitz der verpfändeten Sache verloren hat.

2) Sie kann nicht nur gegen den Schuldner, sondern auch gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt werden, ausgenommen gegen einen Pfandgläubiger, welcher ein Vorzugsrecht hat, so wie gegen Den, welcher die verpfändete Sache von Letzterem gekauft hat: L. 12. pr. u. §. 7. D. *Qui potiores in pign.*

3) Das petitum der actio hypothecaria ist jederzeit nur die traditio rei oppignoratae. Doch ist weder der Schuldner, noch der dritte Besitzer an dieses petitum gebunden, vielmehr haben Beyde die Wahl, ob sie die Sache dem Kläger übergeben oder die Forderung desselben bezahlen wollen: L. 16. §. 3. D. *de Pign.* Nur darf die Klage gegen den dritten Besitzer, wie sich von selbst versteht, niemals auf Zahlung, sondern nur auf Uebergabe der Sache gestellt werden, weil der Dritte mit dem Geschäfte, zu dessen Sicherheit das Pfand bestellt worden war, in keiner rechtlichen Berührung steht.

4) Ist nun dem petitum der hypothekarischen Klage Genüge geschehen, so hat der Gläubiger den Besitz der verpfändeten Sache erworben und kann nun dieselbe nach seiner Willkühr entweder retiniren oder distrahiren. (§. 499. u. §. 500.) Endlich

5) In der Regel kann diese Klage nur dann angestellt werden, wenn sich der Schuldner in mora befindet: L. 5. §. 1. D. *Quib. mod. pign. solu.*, es müßte denn die Sicherheit des Pfandes gefährdet seyn: L. 14. pr. D. *de Pign.*, z. B. wenn der Schuldner im Verdachte einer arglistigen Veräußerung steht.

Die actio hypothecaria wird auch Quasiseruiana genannt: §. 7. Inst. *de Act.*, weil sie aus der actio *Seruiana* entstanden und nach Analogie derselben zu Gunsten aller Pfandgläubiger eingeführt worden ist. Die actio Seruiana steht nämlich dem Verpachter eines praedium rusticum in Hinsicht auf die vorhandenen Früchte zu: L. 7. pr. D. *In quib. caus. pign. tac.* (§. 497.) Zuweilen kommen in den Quellen für die actio hypothecaria auch noch andere Namen vor, wie vindicatio pignoris: L. 16. §. 3. D. *de Pign.* und actio pignoratitia in rem: L. 7. §. 12. in fin. D. *Comm. diuid.*

§. 515.

2. Von dem Beklagten:

a. Petitum.

Obwohl die actio hypothecaria gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache angestellt werden kann, so zeigt sich doch in der Natur dieser Klage eine große Verschiedenheit, jenachdem sie gegen den Pfandschuldner selbst, oder gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt wird. Diese Verschiedenheit äußert sich auf eine vierfache Weise: 1) in Hinsicht auf das petitum, 2) auf den zu führenden Beweis, 3) auf die Verjährung der Klage und 4) auf das beneficium excussionis.

Was nun zunächst das petitum der hypothekarischen Klage betrifft, so ist dasselbe, wenn die Klage gegen den Schuldner selbst angestellt wird, nach der gewöhnlichen Meynung ein alternatiuum, d. h. der Gläubiger kann in einem und demselben Libell vom Schuldner verlangen, daß er entweder zahle (das Hauptgeschäft erfülle), oder die verpfändete Sache übergebe. Diese Meynung, welche, weil im Erfolge nichts darauf ankommt, von der Praxis angenommen ist, läßt sich doch nach der Theorie, streng genommen, nicht vertheidigen, weil das petitum der hypothekarischen Klage unter allen Umständen kein anderes, als die Uebergabe der verpfändeten Sache seyn kann und es dem Kläger zwar frey steht, die Hauptklage gegen den Schuldner mit der hypothekarischen zu cumuliren, nicht aber die letztere, als eine dingliche, auf Erfüllung des Hauptgeschäftes zu richten. — Daß aber das petitum gegen den dritten Besitzer jederzeit nur auf Uebergabe der Sache gestellt werden kann, ist bereits oben gesagt worden.

§. 516.

b. Probatio.

Der Beweis bey der actio hypothecaria liegt unbedingt dem Kläger ob: L. 21. u. 22. D. *de Probat.*, welcher auch nöthigen Falles vor dem zu führenden Beweise darthun muß, daß der Beklagte sich im Besitze der verpfändeten Sache befinde (legitimatio ad caussam passiua).

Wenn nun die Klage gegen den Schuldner selbst gerichtet ist, so braucht der Kläger weiter nichts zu beweisen, als das factum oppignorationis, also daß der Schuldner ihm an der fraglichen

Sache ein Pfandrecht eingeräumt habe. Ist aber die Klage gegen den dritten Besitzer angestellt worden, so ist zwar ebenfalls das factum oppignorationis zu beweisen, allein dieß reicht noch keinesweges hin, man muß vielmehr unterscheiden, ob der Beklagte (der dritte Besitzer) die Sache von dem Pfandschuldner oder von einer andern Person erworben habe. Im erstern Falle hat der Kläger zu beweisen, daß sein Pfandrecht älter sey, als das Recht, welches der Schuldner dem Beklagten an der Sache eingeräumt hatte: L. 41. D. *de Pignorat. act.* u. L. 12. pr. D. *Qui potiores in pign.* im zweyten aber, daß der Schuldner zur Zeit der geschehenen Verpfändung Eigenthümer der fraglichen Sache gewesen sey, mithin das Recht gehabt habe, sie zu verpfänden: L. 23. D. *de Probat.*

§. 517.

c. Praescriptio.

Durch extinctive Verjährung erlischt die actio hypothecaria:

1) gegen den Schuldner selbst und dessen Erben in 40 Jahren: L. 7. §. 1. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.*,

2) gegen den dritten Besitzer in verschiedenen Zeiträumen. Hier ist nämlich zu unterscheiden, ob

a. der dritte Besitzer auch als Pfandgläubiger besitzt. In diesem Falle fragt sich's, ob der Schuldner zur Zeit der angestellten Klage noch am Leben ist und dann erlischt die Klage auch in 40 Jahren: L. 7. *cit.* §. 2., oder ob der Schuldner zur angegebenen Zeit bereits verstorben war und dann erlischt die Klage ebenfalls erst in 40 Jahren, wenn der Beklagte die Zeit, während welcher der Schuldner noch gelebt hat, in die Verjährungszeit einrechnen will: §. 2. *cit.*, in 30 Jahren aber, wenn er bloß die Besitzzeit nach dem Tode des Schuldners in Anschlag bringt: ibid., oder ob

b. der dritte Besitzer als Eigenthümer besitzt. In diesem Falle ist zu unterscheiden, ob sich der dritte Besitzer in conditione vsucapiendi befunden, d. h. ob er die Sache iusto titulo (z. B. durch Kauf, Schenkung, Tausch ꝛc.) und bona fide erworben hat und dann erlischt die actio hypothecaria in 10 Jahren inter praesentes und in 20 Jahren inter absentes, weil ihr die exceptio praescriptionis adquisitiuae entgegensteht: L. 1. C. *Si aduersus cred. praescr.*, oder ob ihm die conditio vsucapiendi fehlt, in welchem Falle die hypothekarische Klage erst in 30 Jahren

erlischt: L. 1. §. 1. C. *de Annal. except.* Vgl. auch L. 8. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.*

§. 518.

d. Excussio.

Das beneficium excussionis (der Vorausklage), welches im Pfandrechte vorkommt, steht in gewissen Fällen sowohl dem Pfandschuldner selbst, als dem dritten Besitzer der verpfändeten Sache zu, welche sich dann der exceptio excussionis bedienen können, doch muß man zu näherem Verständnisse zwischen der excussio *realis* und *personalis* unterscheiden:

1) excussio realis. Diese kommt Beyden, nämlich entweder dem Pfandschuldner selbst, oder dem dritten Besitzer zu Statten. Diejenige, welche dem Pfandschuldner selbst zusteht, setzt voraus, daß der Gläubiger an dem Vermögen eines und desselben Schuldners nicht nur ein pignus *generale* hat, sondern daß ihm auch an einzelnen, bestimmten Sachen, welche zu diesem Vermögen gehören, ein pignus *speciale* begründet worden ist. Dieß kann sich nach R. R. sehr wohl ereignen, wenn der Gläubiger, welchem vorerst nur einzelne, bestimmte Sachen des Schuldners namentlich verpfändet worden waren, hiermit nicht zufrieden, sich später noch eine Hypothek an den sämmtlichen Gütern des Schuldners bestellen ließ. In diesem Falle kann der Schuldner verlangen, daß der Gläubiger mit der hypothekarischen Klage zunächst diejenigen Sachen in Anspruch nehme, an welchen ihm das Special-Pfand bestellt worden ist und dann erst, wenn diese zu seiner Befriedigung nicht ausreichen, seine Klage auf die übrigen Gegenstände richte, welche zu dem Vermögen des Schuldners gehören: L. 9. C. *de Distract. pign.*

Diejenige excussio realis hingegen, welche dem dritten Besitzer zu Statten kommt, setzt zwar ebenfalls voraus, daß der Kläger ein General- und Specialpfand an den Gütern des Schuldners zugleich habe, aber auch, daß der dritte Besitzer selbst ein Pfandgläubiger sey, jedoch andere Sachen des Schuldners besitze, als an welchen dem Kläger ein Specialpfand zusteht. Hier kann der dritte Besitzer verlangen, daß der Kläger erst diejenigen Sachen in Anspruch nehme, an welchen er das Specialpfand hat, und dann erst, wenn diese zu seiner Befriedigung nicht ausreichen, sich an diejenigen halte, welche den Gegenstand seines

Generalpfandes ausmachen und sich eben im Besitze des Beklagten befinden: L. 2. C. *de Pignorib.*,

2) excussio personalis. Diese kommt stets nur dem dritten Besitzer zu Statten und zwar in dem Falle, wenn der Pfandgläubiger aus einem pignus *generale* klagt und gerade die Sache in Anspruch nimmt, welche der Schuldner an den dritten Besitzer veräußert hat. In diesem Falle kann der dritte Besitzer verlangen, daß sich der Gläubiger erst an das Vermögen des Schuldners oder an dessen Erben oder Bürgen halte und nur dann, wenn er hier keine Befriedigung empfängt, zu ihm zurückkehre: Nou. 112. c. 1. Keineswegs aber findet diese exceptio Statt, wenn der Pfandgläubiger aus einem pignus *speciale* klagt. Hier muß vielmehr der dritte Besitzer sogleich die Sache herausgeben, wenn er sich nicht durch Zahlung befreyen will. — Nach Vorschrift der Nou. 4. c. 2. hatte der dritte Besitzer auch dann die exceptio excussionis, wenn der creditor pignoratitius ein *specialis* war. Dieß ist aber durch die angeführte Nou. 112. c. 1. wieder aufgehoben worden.

Außer der actio hypothecaria steht dem Pfandgläubiger, als solchem, auch noch ein possessorisches Rechtsmittel zu: das interdictum *Saluianum vtile* oder *Quasisaluianum*, kraft dessen der Pfandgläubiger vorläufig auf den Besitz klagt. Dieses Rechtsmittel ist nach Analogie des interdictum Saluianum eingeführt, welches der locator praedii rustici gegen den colonus gebraucht, damit ihm dieser den Besitz der illata et inuecta einräume, welche er ihm wegen des Pachtgeldes ausdrücklich verpfändet hat, oder ihm Schadenersatz leiste: L. 1. §. 1. D. *de Salu. interd.* u. L. 1. C. *de Precar.*

Sechstes Capitel.

Von den verschiedenen Arten, auf welche das Pfandrecht beendigt wird.

§. 519.

1. Allgemeine.

Die Beendigungs-Arten des Pfandrechts lassen sich überhaupt in zwey Classen theilen, nämlich in solche, durch welche alle

dingliche Rechte erlöschen, und in solche, welche bloß in der Natur des Pfandrechts begründet sind. Zu der erstern Classe gehören folgende:

1) interitus rei totalis: L. 8. pr. D. *Quib. mod. pign. solu.* Wird jedoch die Sache wieder hergestellt, so lebt auch das Pfandrecht wieder auf: L. 13. pr. D. *de Pign.*,

2) consolidatio, d. h. wenn der Gläubiger Eigenthümer der verpfändeten Sache: L. 20. §. 3. D. *de Pignorat. act.* oder wenn der Schuldner Erbe des Pfandgläubigers wird: L. 75. D. *de Solut.*,

3) lapsus temporis: L. 6. pr. D. *Quib. mod. pignus solu.*,

4) exsistens conditio resolutiua: L. 3. D. *eod.*,

5) resolutum ius constituentis. Dieß gilt besonders von dem Afterpfande (subpignus), welches nur so lange dauert, als das Recht des ersten Pfandgläubigers: L. 40. §. 2. D. *de Pignorat. act.*,

6. remissio. Diese kann entweder expressa, oder tacita seyn. Eine remissio expressa findet z. B. Statt, wenn der Gläubiger erklärt, sich statt seines bisherigen Pfandrechts mit einem Bürgen begnügen zu wollen: L. 5. §. 2. D. *Quib. mod. pign. solu.* und ein stillschweigender Erlaß des Pfandrechtes tritt in folgenden Fällen ein:

a. wenn der Pfandgläubiger dem Schuldner die Schuld selbst erläßt, zu deren Sicherheit das Pfand bestellt worden war: L. 43. D. *de Solut.* Dieß erklärt sich aus der rein accessorischen Natur des Pfandrechts. (§. 489.),

b. wenn der Faustpfandgläubiger, ohne bezahlt worden zu seyn, die verpfändete Sache dem Schuldner zurückgiebt: L. 9. C. *de Rem. pign.*,

c. wenn der Pfandgläubiger vor Tilgung der Hauptschuld die Pfandverschreibung zurückgiebt: L. 7. C. *eod.*

d. wenn der Faustpfandgläubiger die ihm verpfändete Sache dem Schuldner als ein Vermächtniß hinterläßt, worunter jedoch keinesweges der Erlaß der Schuld zu verstehen ist: L. 1. §. 1. D. *de Liberat. legat.* und

e. wenn der Pfandgläubiger seine ausdrückliche Einwilligung zu der Veräußerung und Uebergabe der verpfändeten Sache an einen Dritten ertheilt: L. 4. §. 1. D. *Quib. mod. pign. solu.* und

7) praescriptio exstinctiua der hypothekarischen Klage, oder praescriptio adquisitiua der verpfändeten Sache von Seiten des dritten Besitzers. (§. 517.)

§. 520.

2. Besondere.

Die besondern Beendigungsarten, also die, welche bloß in der Natur des Pfandrechts begründet sind, lassen sich auf zwey reduciren:

1) wenn das Hauptgeschäft, zu dessen Sicherheit das Pfandrecht bestellt worden war, beendigt ist: L. 6. D. *Quib. mod. pign. solu.*, also z. B. wenn der Schuldner das erhaltene Darlehn zurückgezahlt hat und

2) wenn der Gläubiger die verpfändete Sache auf gesetzmäßige Weise veräußert hat. (§. 500.) Doch ist hier noch besonders zu bemerken, daß, wenn ein höher stehender Pfandgläubiger die Veräußerung der Sache gesetzlich vorgenommen hat, hierdurch die Pfandrechte der nachgehenden Gläubiger verloren gehen: L. 1. C. *Si antiqu. cred. pign. vend.*

Vierter Titel.

Vom Erbrechte.

Erstes Capitel.

Vom Erbrechte im eigentlichen Sinne.

Erste Abtheilung.

Einleitung.

§. 521.

1. Verschiedene Bedeutungen des Wortes hereditas.

Das Wort hereditas kommt in einem objectiven und in einem subjectiven Sinne vor:

1) im objectiven: vniuersitas iuris defuncti, also der Inbegriff aller Rechte und Verbindlichkeiten, welche ein Verstorbener gehabt hat (§. 381.) oder der Nachlaß, die Erbschaft, das Erbe,

2) im subjectiven:

a. ius in *vniuersitatem iuris* a defuncto relictam succedendi. Dieß ist das Erbrecht im eigentlichen Sinne, von welchem in diesem ersten Capitel die Rede sein wird. In dieser Bedeutung ist die hereditas eine species iuris in re, kraft welcher Jemand den Nachlaß eines Verstorbenen in Anspruch nehmen und sein Recht gegen jeden Dritten verfolgen kann: L. 208. D. *de V. S.*

b. ius, *rem singularem* a defuncto relictam adquirendi. Dieß ist das Erbrecht im uneigentlichen Sinne, welches den Vermächtnißnehmern zusteht und von welchem das zweyte Capitel handeln wird,

c. modus adquirendi *dominii* in omnibus rebus *corporalibus* hereditate comprehensis. Wenn also davon die Rede ist, daß die hereditas ein modus adquirendi dominii sey, so muß man sich erinnern, daß nur res *corporales* Gegenstände des Eigenthums seyn können, daß also die hereditas, als vniuersitas iuris, niemals in das Eigenthum des Erben übergehen kann, sondern daß der Erbe in Hinsicht auf die res *incorporales*, welche in der Erbschaft liegen, nur diejenigen Rechte erwirbt, welche der Testator gehabt hatte, dessen Person er von allen Seiten repräsentirt. So sagt die L. 50. pr. D. *de Hered. petit.* „hereditas etiam sine vllo corpore iuris intellectum habet". Endlich

d. successio in vniuersum ius, quod defunctus habuit: L. 24. D. *de V. S.* In diesem Sinne ist die hereditas eine Handlung, nämlich die successio selbst, welche durch die aditio hereditatis (nach altem Rechte: cretio), durch den Erbschaftsantritt geschieht: declaratio eius, cui hereditas delata est, se heredem esse velle: §. 7. Inst. *de Hered. qual.*

§. 522.

2. Rechtliche Natur der hereditas.

Viuentis nulla est hereditas: L. 1. D. *de Hered. vel act. vend.* Von einer Erbschaft kann nur dann die Rede seyn, wenn Der, dessen sämmtliche Rechte und Verbindlichkeiten auf einen Andern übergetragen werden sollen, mit Tode abgegangen ist. Dieser führt in der Rechtswissenschaft den Namen testator, Erblasser, ohne Unterschied, ob er einen letzten Willen errichtet hat, oder nicht, so wie Der, welcher an dessen Stelle titt, heres, Erbe, genannt wird. Dieser hat das Recht und die Verpflichtung, den

Erblasser in allen noch vorhandenen Rechtsverhältnissen zu repräsentiren: L. 37. D. *de Adquir. vel om. hered.*, so daß er dieselben Klagen anstellen kann, welche der Testator bey seinen Lebzeiten hätte gebrauchen können, aber auch mit denselben Klagen belangt werden kann, welche gegen den Testator Statt gefunden hätten, wie sich dieß aus der Natur der successio vniuersalis von selbst ergiebt. Darum wird im gemeinen Leben der Erbe gewöhnlich Universalerbe genannt, was aber eine unstatthafte Worthäufung ist, weil jeder Erbe ohne Unterschied als successor vniuersalis betrachtet werden muß. Demungeachtet tritt der Erbe nicht in alle Rechtsverhältnisse des Erblassers ein, denn die höchst persönlichen (iura et obligationes personalissimae) sind davon ausgenommen, wohin namentlich die ehelichen, die Familien- und Amtsverhältnisse, die Personal-Servituten, die persönlichen Privilegien, die wegen begangener Verbrechen aufgelegten Strafen, die actiones, quae vindictam spirant, so wie diejenigen Rechte gehören, welche durch Vertrag oder letzten Willen auf die Person beschränkt worden sind. Vgl. L. 20. §. 2. D. *de Adquir. vel om. hered.* — §. 3. Inst. *de Vsufr.* — L. 196. D. *de R. I.* — §. 1. Inst. *de Perp. et temp. act.* — L. 32. pr. D. *Ad leg. Falcid.*

Aber das Recht einen Verstorbenen zu repräsentiren ist keinesweges an eine einzige Person geknüpft, es können vielmehr auch zu gleicher Zeit mehrere Personen zu diesem Rechte berufen seyn, welche dann im Gegensatze des heres solus s. ex asse: L. 1. §. 1. D. *Si pars hered. pet.* coheredes s. heredes ex parte genannt werden: L. 9. §. 12. D. *de Heredib. inst.* u. L. 53. §. 1. D. *de Adquir. vel om. hered.* Obwohl sich nun in diesem Falle die vniuersitas iuris des Verstorbenen unter mehrere Personen theilt, so muß man doch die Ansicht fest halten, daß jeder coheres ein successor *vniuersalis* ist und die Rechtsverhältnisse des Testator zu seinem intellectuellen Antheile repräsentirt, weshalb denn auch jeder coheres in Hinsicht auf den ihn betreffenden Antheil eine actio vniuersalis, nämlich die hereditatis petitio gebrauchen kann: L. 1. §. 1. D. *Si pars hered. pet.*

§. 523.

3. Unterschied zwischen der delatio und adquisitio hereditatis.

Wenn der Testator verstorben ist, so fragt es sich, auf wen seine Erbschaft übergehe? Diese Frage hat entweder der Testator

durch seinen letzten Willen entschieden, oder das Gesetz tritt für ihn ein und bezeichnet eine oder mehrere bestimmte Personen, welche in des Testators Rechte treten sollen. Der Erbe aber, er möge nun vom Testator oder von dem Gesetze ernannt seyn, ist nach neuerem R. R. und heut zu Tage keinesweges verbunden, in das ius defuncti einzutreten, sondern dieß hängt lediglich von seiner Willkühr ab und darum bedarf es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung von Seiten des Erben, ob er die Erbschaft annehmen wolle, oder nicht. Auf diese Sätze gründet sich der Unterschied zwischen delatio und adquisitio hereditatis.

Delatio hereditatis (Anfall): legitima ad hereditatem vocatio: L. 151. D. *de V. S.*

Adquisitio hereditatis: actus, quo quis in vniuersitatem iuris defuncti reuera succedit: L. 49. §. 1. D. *de Heredib. inst.* Diesen Begriff verstehe man ja nicht bloß von den in der Erbschaft enthaltenen, körperlichen Sachen (denn dieß würde nur die hereditas als modus adquirendi dominii bezeichnen), sondern es ist hier von dem vniuersum ius defuncti die Rede, in welches der Erbe durch seine Erklärung eintritt. Die adquisitio hereditatis ist also eine unmittelbare Folge der aditio (des Erbschafts-Antrittes) und die delatio steht zu ihr in demselben Verhältnisse, wie der titulus zum modus, so daß durch die delatio die Erwerbung der Erbschaft bloß möglich, durch die adquisitio aber wirklich wird.

Eine hereditas, welche zwar delata, aber noch nicht adquisita ist, wird hereditas iacens genannt und hat die Rechte einer moralischen Person: §. 2. Inst. *de Heredib. inst.* u. L. 15. pr. D. *de Interrogat. in iure fac.*, weil der Erblasser, der sie bis zu seinem Tode vertreten hat, nicht mehr existirt, der Erbe aber noch kein Recht auf dieselbe ausüben kann. Daher wird der Erblasser bis zur adquisitio hereditatis durch die hereditas iacens, nach derselben aber durch den Erben repräsentirt: L. 34. D. *de Adquir. rer. dom.* Als moralische Person kann aber die hereditas iacens eben so wohl wie der Testator, dessen Fortleben fingirt wird, Rechte erwerben und verlieren, mithin der Bestand der Erbschaft vermehrt oder vermindert werden: L. 20. §. 3. *de Hered. petit.*

Von der hereditas *iacens* ist die hereditas *vacans* zu unterscheiden (bona vacantia, erblose Güter), deren Begriff dann eintritt, wenn der Erblasser weder ein Testament errichtet, noch

gesetzliche Erben hinterlassen hat. Eine solche Erbschaft fällt, als ein Inbegriff herrenloser Güter, dem Fiscus zu: L. 1. u. 4. C. *de Bon. vac.*

§. 524.

4. Caussa delationis.

Die *caussa* deferendae hereditatis ist entweder proxima oder remota. Die caussa *proxima* ist in jedem Falle der Tod des Testator, was sich aus der Regel: viuentis nulla est hereditas von selbst ergiebt: L. 1. D. *de Heredit. vel act. vend.*

Die caussa *remota* kann aber nach R. R. doppelt seyn, nämlich entweder ein Testament oder, wenn ein solches nicht vorhanden, oder nicht zu Recht beständig ist, das Gesetz: §. vlt. sub fin. Inst. *Per quas pers. cuiq. adquir.*, weshalb denn die hereditas in testamentariam und legitimam s. ab intestato eingetheilt wird. Das deutsche Recht fügt noch eine dritte caussa delationis hinzu, nämlich das pactum, daher die hereditas pactitia (pacta successoria), welche bey den Römern, als den guten Sitten zuwider, gänzlich verboten war: L. vlt. C. *de Pact.*

Unter den beyden caussis, welche das R. R. anerkennt, nimmt das Testament, wenn es den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, stets den ersten Platz ein, so daß die gesetzlichen oder Intestaterben nur in subsidium zur Erbschaft gelangen können: L. 39. D. *de Adquir. vel om. hered.* Neben einander dürfen aber nach R. R. beyde caussae delationis nicht bestehen, die eine schließt vielmehr die andere aus. Daher die berühmte Rechtsregel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest: L. 7. D. *de R. I.*, welche in dem Begriffe und der Natur der hereditas selbst begründet ist. Denn die gesetzliche oder Intestat-Erbfolge wird nur dann ausgeschlossen, wenn ein Testament vorhanden ist. Ein solches erfordert aber, daß der Testator einen Erben, also eine solche Person ernannt habe, welche ihn nach seinem Tode in allen seinen Rechtsverhältnissen vertreten solle. Die Erbeinsetzung ist daher etwas Umfassendes und Erschöpfendes, was keine Lücke und keine fremde Mitwirkung zuläßt und hat sie der Testator nicht auf diese erschöpfende Art eingerichtet, so ist sie an sich ungültig und die gesetzliche Erbfolge tritt ohne alle Beschränkung ein.

Doch sind die in jener Regel enthaltenen Worte: „pro parte“

in einer doppelten Beziehung zu verstehen, denn man hat entweder das Wort bonorum, oder das Wort temporis zu suppliren:

1) pro parte bonorum. Der Testator muß, wie erwähnt, die Erbeinsetzung so vornehmen, daß kein Theil seiner Erbschaft unvertreten bleibe, daß also der eine oder die mehreren Erben ihn nach seinem Tode vollständig repräsentiren können und

2) pro parte temporis. Der Testator darf die Gültigkeit der Erbeinsetzung nicht vom Ablaufe einer bestimmten Zeit abhängig machen, so daß die eingesetzten Erben später wieder abgehen und die Intestat-Erben an ihre Stelle treten müßten, es wird vielmehr erfordert, daß der Testator für alle Zukunft über seine Erbschaft verfügt habe.

Zweyte Abtheilung.

Von der testamentarischen Erbfolge.

Erster Artikel.

Von den Testamenten überhaupt.

§. 525.

1. Begriff und Eintheilung der letzten Willen.

Vltima voluntas (letzter Wille): declaratio eius, quod quis post mortem suam de rebus suis fieri velit: L. 1. D. *Qui test. fac. poss.* In dieser Stelle wird das Wort testamentum im weitern Sinne und gleichbedeutend mit jedem letzten Willen verstanden.

Die vltimae voluntates sind nach R. R. entweder sollemnes oder minus sollemnes (feyerliche oder minder feyerliche letzte Willen). Ein feyerlicher letzter Wille wird auch testamentum, ein minder feyerlicher: codicillus genannt. Das Kennzeichen eines feyerlichen letzten Willens ist die directa heredis institutio (die Erbeinsetzung), welche weiter nichts erfordert, als daß der Testator eine Person ernannt habe, von der er nach seinem Tode repräsentirt seyn will: §. 34. Inst. *de Legat.* Ist also eine Erbeinsetzung vorhanden, so wird der letzte Wille ein Testament genannt, dasselbe mag nun übrigens gültig oder ungültig seyn. Es reicht daher zur Definition des Testamentes hin, wenn man sagt:

testamentum est vltima voluntas sollemnis, weil eben die Feyerlichkeit der Erbeinsetzung den **Begriff** des Testamentes ausmacht.

Jeder letzte Wille aber, welcher **keine** Erbeinsetzung enthält, ist ein **minder feyerlicher** oder codicillus und dieser daher zu definiren: vltima voluntas minus sollemnis. Die beyden letzten Worte deuten nämlich an: a qua directa heredis institutio abest: §. 2. Inst. *de Codicill.* Der codicillus kann aber unter einer vierfachen Gestalt vorkommen, nämlich als: 1) legatum, 2) fideicommissum, 3) mortis caussa donatio und 4) mortis caussa capio.

§. 526.

2. Rechtliche Natur der letzten Willen.

Ueber diese sind folgende Grundsätze zu merken:

1) einen letzten Willen kann nur Derjenige errichten, welcher überhaupt **willensfähig** ist und das Recht hat, über die Gegenstände, auf welche sich der letzte Wille bezieht, frey zu verfügen: §. 1. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.*,

2) die Errichtung eines letzten Willens ist in der Regel ein actus *vnilateralis*, so daß es zur Gültigkeit desselben keiner **Acceptation**, ja nicht einmal der **Kenntnißnahme** von Seiten Derer bedarf, welche durch den letzten Willen begünstigt werden. Eine einzige Ausnahme bilden die mortis caussa donationes (Schenkungen auf den Todesfall), welche sich nur durch die Acceptation von den übrigen Vermächtnissen unterscheiden: L. 55. D. *de Oblig. et act.* u. L. 38. D. *de Mortis caus. donat.*,

3) ein letzter Wille kann in jedem Augenblicke widerrufen werden, denn ambulatoria est voluntas hominum vsque ad mortem: L. 4. D. *de Adim. vel transfer. leg.*,

4) bey **Lebzeiten** des Testator kann daher Niemand ein Recht auf das Vermögen desselben ausüben, denn viuentis nulla est hereditas: L. 1. D. *de Hered. vel act. vend.* und

5) das Testament begründet stets eine successio vniuersalis, der codicillus in der Regel nur eine singularis: §. 2. Inst. *de Codicill.*

§. 527.

3. Von den Feyerlichkeiten der Testamente im Allgemeinen.

Die directa heredis institutio ist zwar derjenige Umstand, welcher einem Testamente seinen Begriff giebt (§. 525.), aber zur Gültigkeit eines solchen noch keineswegs hinreichend, weil die Gesetze viele andere Bedingungen vorgeschrieben haben, die unter dem Namen sollemnitates testamentorum (Testaments-Feyerlichkeiten) vorkommen. Diese sind entweder internae oder externae, jenachdem sie sich auf den Inhalt der Testamente, oder auf die Form ihrer Errichtung beziehen. Der inneren Feyerlichkeiten giebt es vier: 1) testamenti factio actiua, 2) testamenti factio passiua, 3) directa heredis institutio und 4) daß der Testator die Notherben, nämlich diejenigen Personen berücksichtigt habe, welchen der Pflichttheil gebührt. — Die äußeren Feyerlichkeiten fallen bey testamentis *publicis* gänzlich hinweg, d. h. bey solchen, welche entweder unter obrigkeitlicher Auctorität errichtet, oder doch nach ihrer Errichtung dem Landesherrn oder der Obrigkeit übergeben worden sind. Bey testamentis *priuatis* hingegen, also bey solchen, welche ohne Concurrenz der Obrigkeit errichtet werden, sind die äußeren Feyerlichkeiten: 1) praesentia septem testium in specie rogatorum, 2) vnitas contextus und 3) bey schriftlichen Testamenten zuweilen: subscriptio testatoris und jederzeit: subscriptio et subsignatio testium. Von diesen Feyerlichkeiten wird unten besonders die Rede seyn.

§. 528.

4. Eigenthümliche Gattungen von Testamenten.

Es giebt gewisse Testamente, welche von der gewöhnlichen Art der Errichtung abweichen und daher unter besonderen Namen vorkommen:

1. *testamentum mutuum*: testamentum duplex a duobus testatoribus eodem loco et tempore, coram iisdem testibus et actu continuo conditum. Zwey Testatoren können zu gleicher Zeit, vor denselben Zeugen und in demselben Aufsatze ihr Testament errichten, ohne daß der Inhalt dieser Willens-Erklärungen eine gegenseitige Beziehung haben müßte. Ursprünglich war die Errichtung eines solchen Testamentes bloß den Soldaten gestattet,

welche im Augenblicke der Todesgefahr einen letzten Willen errichten wollten: L. 19. C. *de Pact.*, später aber hat man dieß auf alle Testatoren ohne Unterschied ausgedehnt: L. 1. C. Th. *de Testam.* Doch wird es wohl selten vorkommen, daß ein testamentum mutuum ohne gegenseitige Beziehung wäre, vielmehr ist diese in den meisten Fällen die wahre Absicht der Testatoren und dann entsteht der Begriff des

2. *testamentum reciprocum*: testamentum mutuum, quo duo testatores vel se inuicem, vel consanguineos alterius testatoris instituunt: L. 70. u. 71. D. *de Heredib. inst.* Am Häufigsten kommt dieses Testament unter Ehegatten vor. Doch ist hier darauf aufmerksam zu machen, daß ein solches Testament kein Erbvertrag ist. Denn letzterer, welchen bloß das deutsche Recht kennt, ist unwiderruflich, das testamentum reciprocum aber kann von dem einen oder andern Testator in jedem Augenblicke zurückgenommen werden, ohne daß hierdurch die Willenserklärung des andern Testator ihre Kraft verliert. Aber eben deshalb pflegen die Testatoren die Gültigkeit ihrer Dispositionen davon abhängig zu machen, daß der andere die seinigen nicht ändere. In diesem Falle wird errichtet

3. *testamentum correspectiuum*: testamentum duplex, cuius valor ab ea conditione pendet, vt neutra pars a sua voluntate recedat. Dieses Testament kann zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten errichtet werden, braucht also nicht mutuum zu seyn;

4. *testamentum mysticum* s. *implicitum*: quo testator sententiam suam ad chartam aliam certo loco depositam refert: L. 77. D. *de Heredib. inst.* Dieser Begriff ist besonders durch die Praxis ausgebildet worden und besteht darin, daß der Testator seinen Willen nicht unmittelbar ausgesprochen, sondern vielmehr einen bestimmten Ort angegeben hat, wo man seine schriftliche Willensmeynung vorfinden würde. Ein solches Testament gilt allerdings, dafern sich nur der vom Testator bezeichnete Aufsatz an dem von ihm angegebenen Orte wirklich vorfindet und die sämmtlichen Testaments-Feyerlichkeiten entweder bey demjenigen letzten Willen, welcher sich auf einen andern bezieht, oder bey dem, auf welchen Bezug genommen wird, beobachtet sind.

Zweyter Artikel.

Von der Fähigkeit, ein Testament zu errichten.

§. 529.

1. Begriff der testamenti factio.

Testamenti factio: ius, vltimam voluntatem condendi vel ex ea adquirendi. Diese bezieht sich eben so wohl auf Codicille, als Testamente: L. 6. §. 3. D. *de Iure codicill.* und wird nach Maaßgabe der Definition in actiuam und passiuam eingetheilt, doch sind diese Ausdrücke modern, indem sich die Quellen derselben nicht bedienen, sondern die actiua mit den Worten bezeichnen: mihi est testamenti factio, oder habeo testamenti factionem: L. 4. D. *Qui testam. fac. poss.*, die passiua aber mit den Worten: mecum est testamenti factio: §. 4. Inst. *de Hered. qual.* — Die testamenti factio actiua gehört in den gegenwärtigen Zusammenhang, von der passiua wird unten in der Lehre von der Erbeinsetzung gehandelt werden.

§. 530.

2. Vom Mangel der testamenti factio actiua:

a. in Bezug auf die freye Willenserklärung.

Die Mängel, welche der freyen Willenserklärung entgegenstehen, sind

1) solche, welche in der Person des Testator selbst ihren Grund haben:

a. physische. Hierher gehören:

α. Taubstumme. Diese können nur schriftlich testiren: arg. §. 3. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.*

β. Blinde. Diese können nur mündlich testiren: §. 4. Inst. *eod.* und zwar unter Zuziehung eines Notarius: L. 8. C. *Qui testam. fac. poss.*

γ. Kranke, welche nicht mehr bey Besinnung sind: L. 17. D. *eod.*

b. psychische. An diesen leiden:

α. impuberes: §. 1. Inst. *Quib. non est perm. facere test.* Doch können sie am letzten Tage vor der Pubertät schon

ein gültiges Testament errichten: L. 5. D. *Qui testam. fac. poss.* (§. 119.)

β. mente capti: ibid.

γ. furiosi, ausgenommen in den lichten Zwischenräumen: ibid.

δ. prodigi: §. 2. Inst. *eod.*

ε. ebrii. Wenn der Testator zur Zeit der Testaments-Errichtung so betrunken ist, daß ihm der Gebrauch seiner Verstandeskräfte fehlt, was auch analogisch von den Zornigen gilt. Doch ist es diesen Personen nachgelassen, das in einem solchen Zustande errichtete Testament späterhin, wenn sie wieder zur Besinnung gekommen sind, zu ratihabiren: L. 48. D. *de R. I.*, nicht aber den mente captis nach ihrer Herstellung: §. 1. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.*

2) solche, welche von außen kommen:

a. dolus, wenn Jemand den Testator betrügerischer Weise zur Errichtung des Testamentes bewogen hat: L. 2. §. 7. D. *de Bon. poss. sec. tab.*,

b. vis: jede Art von Zwang, welcher dem Testator angethan worden ist. Doch können bloße Bitten und Vorstellungen nicht hierher gerechnet werden: ibid. u. L. 20. §. ult. D. *Qui testam. fac. poss.* und

c. error, wenn der Testator sich in einem wesentlichen Irrthum befunden hat, welcher allein die Veranlassung zur Testaments-Errichtung gewesen ist: arg. L. 17. §. 2. u. L. 72. §. 6. D. *de Condit. et demonstr.*

§. 531.

b. In Hinsicht auf den status des Testator.

Hier sind zweyerley Personen anzuführen:

1) filiifamilias, ausgenommen das peculium militare: pr. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* Doch können sie zu Gunsten einer pia caussa auch über das peculium paganum testiren, wenn ihr Vater einwilligt (§. 323.) und

2) Diejenigen, welche wegen eines Verbrechens mit Confiscation der Güter bestraft worden sind: L. 5. pr. u. §. 1. C. *Ad leg. Iul. maiest.*

§. 532.

c. In Ansehung gewisser Verbrechen.

Die hier zu erwähnenden Verbrechen sind nicht mit den unter 2. so eben berührten zu verwechseln. Dort ist der Verlust der testamenti factio bloß als eine mittelbare Folge des begangenen Verbrechens anzusehen, hier aber ist der Verlust der testamenti factio von den Gesetzen selbst als Strafe für die fraglichen Verbrechen festgestellt. Hierher gehören nämlich:

1) die muthwilligen Pasquillanten: L. 18. §. 1. D. *Qui testam. fac. poss.*,

2) Diejenigen, welche nuptias incestas eingegangen haben: L. 6. C. *de Incest. nupt.* und

3) die überwiesenen Wucherer: c. 2. §. 1. *de Vsur. in VI.*

Dritter Artikel.

Von den äußern Feyerlichkeiten der Testamente.

§. 533.

1. Testamenta publica.

In Hinsicht auf die äußern Feyerlichkeiten der Testamente ist zwischen testamentis *publicis* und *priuatis* zu unterscheiden.

Testamenta publica: quae vel auctoritate magistratus condita, vel priuatim facta apud eum deposita vel principi oblata sunt. Diese Definition gehört dem heutigen Rechte an, denn nach R. R. war die Sitte, einen letzten Willen zum gerichtlichen Protocolle zu erklären, völlig unbekannt, indem vielmehr ein Testament bey den Römern nur dann publicum wurde, wenn es, nach einer priuatim geschehenen Errichtung, der Obrigkeit oder dem Kaiser übergeben war: L. 19. C. *de Testam.* Diese Uebergabe hieß publicatio testamenti, welche nicht mit der apertura tabularum, der Testaments-Eröffnung, verwechselt werden darf, obwohl die letztere heut zu Tage nicht selten auch publicatio testamenti genannt wird.

Die nach heutigem Rechte vorkommende Erklärung des letzten Willens zum gerichtlichen Protocolle kann entweder an Gerichtsstelle, oder in einer Privatwohnung geschehen, zu welcher die Gerichtspersonen entboten worden sind. Hier schreiben diese

selbst das Testament nieder und es ist dazu in der Regel der Richter, der Actuarius und ein Gerichtsbeysitzer erforderlich. Zeugen und äußere Feyerlichkeiten irgend einer Art fallen hier gänzlich weg. Der Testator bekommt von dem Gerichte einen Empfangschein (Recepisse), kraft dessen die Erben nach seinem Tode die Eröffnung des Testamentes verlangen können. Uebrigens ist es zur Gültigkeit eines solchen Testamentes nicht erforderlich, daß daß Gericht competent sey, sondern der Testator kann jede Obrigkeit nach Belieben wählen, weil die Testaments-Errichtung ein actus voluntariae iurisdictionis mere talis ist, bey welchem es nicht auf Untersuchung, sondern bloß auf die fides publica ankommt.

§. 534.

2. Testamenta priuata:

a. Allgemeine Erfordernisse.

α. Zeugen.

Die Erfordernisse der Privat-Testamente theilen sich in allgemeine und besondere ein. Jene kommen sowohl bey schriftlichen, als mündlichen Testamenten, diese nur bey dem einen oder andern vor. Die allgemeinen Erfordernisse sind die Zeugen und die vnitas contextus.

Was nun zuvörderst die Zeugen anlangt, so ist über dieselben Folgendes zu bemerken:

1) es dürfen ihrer nicht weniger, als sieben seyn. Diese Zahl wurde vom Prätor durch die bonorum possessio secundum tabulas septem testibus subsignatas festgestellt. Wir erblicken in derselben nichts Anderes, als eine Modification des uralten testamentum per aes et libram, welches bekanntlich unter der Form der Mancipation, also vor fünf Zeugen, dem libripens und antestatus errichtet werden mußte. Der Prätor erklärte aber, daß es zur Gültigkeit des Testamentes nicht mehr der weitläuftigen und veralteten Mancipation bedürfen, sondern daß es hinreichen solle, wenn das Testament von eben so viel Zeugen untersiegelt worden sey, als Personen zur Mancipation erforderlich gewesen wären. Diese prätorische Anordnung ging später in das Civilrecht: L. 21. C. *de Testam.* so wie namentlich in das Justinianeische: §. 3. Inst. *eod.* und endlich in das Reichsrecht über: Notariats-Ordnung v. J. 1512. II. §. 2. und daher kommt es, daß Privat-

Testamente noch heut zu Tage vor sieben Zeugen errichtet werden müssen;

2) die Zeugen müssen in specie rogati seyn, d. h. der Testator muß sie ausdrücklich dazu aufgefordert haben, daß sie bey seiner Testaments-Errichtung als Zeugen gegenwärtig seyn sollten: L. 21. §. 2. D. *Qui testam. fac. poss.* und

3) die Zeugen müssen auch fähig seyn, als Testamentszeugen aufzutreten. Unzulässig sind nach Vorschrift der Gesetze folgende Personen:

a. diejenigen, welche wegen physischer oder psychischer Mängel, oder wegen gewisser Verbrechen keine testamenti factio actiua haben (§. 530. u. §. 532.): §. 6. Inst. *de Testam.*,

b. Frauenzimmer: ibid.,

c. infames und turpes: L. 14. u. 15. D. *de Testib.* u. §. 6. Inst. *de Testam.* Zu den Letztern gehören besonders auch

d. die Verschwender: L. 18. pr. D. *Qui testam. fac. poss.*,

e. der eingesetzte Erbe und alle Personen, welche sich in seiner väterlichen Gewalt befinden, sein Vater, in dessen Gewalt er selbst steht, und die Brüder, welche mit ihm zugleich in väterlicher Gewalt sind: §. 10. Inst. *de Testam.* und

f. diejenigen Personen, welche sich in väterlicher Gewalt des Testator befinden: §. 9. Inst. *eod.*

Keineswegs ist es aber hinderlich, wenn die Zeugen unter sich verwandt sind: §. 8. Inst *eod.*, doch müssen sie sich mit dem Testator in einem und demselben Zimmer befinden und ihn in conspectu haben: L. 9. C. *eod.*

§. 535.

β. Vnitas contextus.

Vnitas contextus: requisitum, vi cuius testamento condendo alienum negotium immisceri non debet. Die Testaments-Errichtung soll in gehörigem Zusammenhange geschehen und nicht durch fremdartige Geschäfte unterbrochen werden: L. 28. pr. C. *de Testam.* Hier ist jedoch ausdrücklich verordnet, daß kurze Pausen, welche durch ein vorübergehendes Uebelbefinden des Testator oder eines Zeugen, oder durch ein natürliches Bedürfniß derselben herbeygeführt werden, nicht für Unterbrechung gelten sollen. Wohl aber würde z. B. eine solche Statt finden, wenn der Testator

während der Testaments-Errichtung mit einem der Zeugen oder auch einer andern Person einen Kauf oder Pacht abschließen wollte: L. 21. §. 3. D. *Qui testam. fac. poss.*

§. 536.

b. Besondere Erfordernisse:

α. der schriftlichen Testamente.

Die testamenta priuata werden in *scripta* und *nuncupatiua* eingetheilt und beyde Gattungen weichen in Rücksicht ihrer besondern Erfordernisse von einander ab. Das testamentum *scriptum* ist entweder holographum, welches der Testator durchgängig mit eigener Hand geschrieben hat, oder allographum, welches er von einem Andern hat schreiben lassen. Im erstern Falle bedarf es der Unterschrift des Testators nicht, wenn er nur in dem Testamente erklärt, daß er es selbst geschrieben habe: L. 28. §. 1. C. *de Testam.* Im letztern Falle aber ist erforderlich, daß der Testator sein Testament vor den erbetenen Zeugen anerkenne und seine Unterschrift hinzufüge: L. 21. pr. C. *eod.* —

Auf die Sprache, in welcher das Testament abgefaßt ist, kommt gar nichts an, denn die Zeugen brauchen den Inhalt des Testamentes gar nicht zu kennen: ibid., nur darf das Letztere nicht in notis (Chiffre-Schrift) geschrieben seyn: L. 6. §. vlt. D. *de Bon. poss.*

Sollte aber der Testator des Schreibens völlig unkundig seyn und dennoch ein schriftliches Testament errichten wollen, so muß noch ein achter Zeuge zugezogen werden, welcher für den Testator unterschreibt und dabey diesen Umstand ausdrücklich bemerkt: L. 28. §. 1. C. *eod.*

Auf die Unterschrift des Testator folgt nun die Unterschrift und das Untersiegeln von Seiten der sämmtlichen Zeugen: L. 21. pr. C. *eod.* bey welchem letztern sich die Zeugen eines und desselben Petschaftes, auch dessen des Testator, bedienen können: §. 5. Inst. *de Testam.* Nach dem Reichsrechte soll aber jeder Zeuge sein eigenes Petschaft gebrauchen, wenn er überhaupt ein Siegel führt: Notariats-Ordnung Tit. von Testamenten: §. 1. 7. u. 10.

§. 537.

β. Besondere Erfordernisse der mündlichen Testamente.

Zu der Gültigkeit mündlicher Testamente ist erforderlich, daß der Testator seinen letzten Willen von Anfang bis zu Ende in Person ausspreche und daß die sämmtlichen Zeugen die Rede des Testators verstehen: §. 14. Inst. *de Testam.* u. L. 21. pr. D. *Qui test. fac. poss.* Wenn nun späterhin ein Zweifel über die Existenz des mündlichen Testamentes entsteht, so ist es genug, wenn nur zwey Zeugen darüber abgehört werden, weshalb es denn der Gültigkeit des Testamentes nichts schadet, daß die übrigen Zeugen indessen mit Tode abgegangen sind. Um aber für einen solchen Fall ihrem Gedächtniß zu Hülfe zu kommen, pflegen die Zeugen bey Errichtung eines mündlichen Testamentes einen schriftlichen Aufsatz abzufassen, welcher jedoch weder Beweiskraft, noch die rechtliche Natur eines schriftlichen Testamentes hat, denn es muß sowohl die Testaments-Errichtung selbst, als der Inhalt des Testamentes von zwey Zeugen beschworen werden.

Will ein Blinder testiren, so muß stets noch ein Notarius zugezogen werden, welcher den letzten Willen niederschreibt, ihn dem Testator vorliest und nebst den sämmtlichen Zeugen mit unterschreibt und untersiegelt: L. 8. C. *Qui testam. fac. poss.*

Vierter Artikel.

Von den privilegirten Testamenten.

§. 538.

1. Begriff und Uebersicht.

Testamentum priuilegiatum: quod certis quidem testamentorum sollemnitatibus caret, sed tamen valet.

Die einzelnen privilegirten Testamente sind: 1) testamentum militare, 2) pagani in hostico conditum, 3) ad pias caussas, 4) coram parocho et duobus testibus, 5) tempore pestis factum, 6) ruri conditum, 7) parentum inter liberos und 8) posterius imperfectum.

§. 539.

2. Einzelne Gattungen:

a. Testamentum militare und pagani in hostico.

Das testamentum *militare* hieß bey den alten Römern: in procinctu factum, weil es im Angesichte des Feindes errichtet wurde, wenn die Soldaten ihre Kleider aufschürzten, um bequemer fechten zu können.

Testamentum militare: vltima voluntas a milite in expeditione aut castris constituto quouis modo pronunciata: L. 3. C. *de Testam. milit.* Dieser Begriff entsteht nur dann, wenn sich der Soldat im Felde, d. h. auf dem Marsche, im Lager oder Bivouac befindet, keinesweges kann aber ein solches Testament in den Winterquartieren oder in Friedenszeiten errichtet werden, vielmehr treten dann alle gesetzliche Testaments-Feyerlichkeiten ein: L. 17. C. *eod.* Dem Soldaten wird in gewisser Hinsicht der paganus in hostico gleichgestellt: nonmiles, qui exercitum ex officio sequitur. Hierher gehören die sogenannten Kriegs-Commissäre, welche, weil sie sich bey der Armee aufhalten, auch in Lebensgefahr gerathen können und auf diesen Fall zur Errichtung eines testamentum *quasimilitare* berechtigt sind: L. 3. Inst. *de Milit. test.*

Zwischen dem testamentum militare und pagani in hostico conditum finden aber zwey Unterschiede Statt:

1) der paganus in hostico kann nur dann ein militärisches Testament errichten, wenn er wirklich in Gefahr schwebt, der miles auch im Lager und Bivouac: L. vn. D. *de Bon. poss. ex test. mil.* und

2) der paganus muß, wenn sein testamentum quasimilitare in Wirkung treten soll, auch wirklich in der Gefahr umgekommen seyn: L. vn. *cit.* u. L. vlt. D. *de Testam. milit.*, dahingegen der letzte Wille des miles noch ein ganzes Jahr nach dem ehrenhaften Abschiede desselben gilt: §. 3. Inst. *de Milit. test.*

Abgesehen von diesen Unterschieden haben beyde Gattungen von Testamenten folgende Privilegien:

1) das testamentum militare ist von allen äußern und innern Feyerlichkeiten gänzlich befreyt, so daß das schriftliche Testament keines einzigen Zeugen bedarf, das mündliche bloß zweyer Zeugen, welche letztere jedoch hier nur probationis,

nicht sollemnitatis caussa erfordert werden: L. 3. C. *de Testam. milit.* §. 1. Inst. *de Milit. test.* Doch unterscheidet die Notariats-Ordnung Tit. von Testamenten, ob der Soldat auf dem Marsche, oder ob er im Lager testirt, in welchem letztern Falle auch bey einem schriftlichen Testamente zwey Zeugen nothwendig sind;

2) der Soldat ist nicht an die Grundregel des Erbrechts gebunden: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest: L. 6. D. *de Testam. milit.*;

3) er kann solche Personen zu Erben einsetzen, quibuscum nulla est testamenti factio: L. 13. §. 2. D. *eod.*, dafern nur diese Personen zur Zeit des Anfalles erbfähig sind: L. 5. C. *eod.* u. L. 13. §. 2. D. *eod.*, ausgenommen sind jedoch die turpes mulieres: L. 41. §. 1. D. *eod.*;

4) er braucht sogar die Notherben in seinem Testamente nicht zu berücksichtigen, sondern kann sie übergehen, was selbst für die postumos gilt, wenn er von ihrer Existenz gewußt hat: L. 9. u. 10. C. *eod.*;

5) er kann auch mehrere Testamente zu verschiedenen Zeiten errichten und gültiger Weise erklären, daß dieselben neben einander bestehen sollen: L. 19. pr. D. *eod.* In diesem Falle werden die in den verschiedenen Testamenten eingesetzten Erben als Miterben betrachtet;

6) in Hinsicht auf ein testamentum militare kann die quarta Falcidia nicht abgezogen werden: L. 7. C. *Ad leg. Falcid.* u. L. 17. §. 4. D. *de Testam. milit.*;

7) der Soldat hat auch mehrere Vorrechte in Betreff der Pupillar-Substitution:

a. er kann solchen Kindern pupillariter substituiren, die zur Zeit seines Todes nicht in seiner väterlichen Gewalt stehen: L. 28. D. *de Testam. milit.*,

b. er kann seinen unmündigen Kindern und auch fremden Unmündigen über die Jahre der Pubertät hinaus pupillariter substituiren, jedoch nur hinsichtlich des von ihm hinterlassenen Vermögens: L. 8. C. *de Impub. et al. subst.* — L. 15. D. *de Vulg. et pup. subst.* — L. 41. §. 4. D. *de Testam. milit.* und

c. er kann seinen Kindern pupillariter substituiren, ohne sich selbst einen Erben zu ernennen: L. 2. §. 1. D. *de Vulg. et pup. subst.* Endlich

8) der Soldat kann auch durch sein testamentum militare ein in Friedenszeiten von ihm errichtetes, ungültiges Testament aufrecht erhalten: §. 4. Inst. *de Milit. test.*

§. 540.

b. Testamentum ad pias caussas conditum.

Dieses kommt hinsichtlich seiner Privilegien dem militärischen Testamente am Nächsten, weil es ebenfalls an keine Feyerlichkeit gebunden ist, sondern, ohne Rücksicht auf seine Form, vollständige Gültigkeit hat. Es wurde vom Papste Alexander III. im c. 11. X. *de Testam.* eingeführt und obwohl es nach den Worten dieses Gesetzes scheinen könnte, als ob ein solches Testament nur dann gültig wäre, wenn wenigstens zwey Zeugen dabei concurrirt hätten, so setzen es doch die Worte: „in ore duorum vel trium testium stat omne verbum" außer allen Zweifel, daß diese Zeugen nur Beweiszeugen, nicht aber Sollemnitäts-Zeugen sind, daß es also gar keiner Zeugen bedarf, wenn der Wille des Testator auf eine andere Weise zur Gewißheit erhoben werden kann, wie es durch die eigene Handschrift des Testator geschieht. Dieses privilegirte Testament kann aber nicht anders gelten, als wenn eine pia caussa zur Erbin eingesetzt ist.

§. 541.

c. Testamentum coram parocho et duobus testibus.

Dieses ist von demselben Papste und zwar im c. 10. X. *de Testam.* eingeführt. Das Privilegium selbst bezieht sich bloß auf den Wegfall der äußern Feyerlichkeiten, indem die Gegenwart des competenten Pfarrers und zweyer Zeugen zur Gültigkeit des Testamentes hinreichen soll. Der Unterschied vom testamentum ad pias caussas besteht darin, daß eine pia caussa in einem solchen Testamente gar nicht berücksichtigt zu seyn braucht, aber eben deshalb auch die innern Testaments-Feyerlichkeiten sämmtlich beobachtet werden müssen. Dieses Testament ist in Deutschland ungültig, weil durch die Notariats-Ordnung v. J. 1512. nur die Justinianeische Testaments-Form bestätigt wurde.

§. 542.

d. Testamentum tempore pestis factum.

Hier wird vorausgesetzt, daß an dem Wohnorte des Testator eine ansteckende, tödtliche Krankheit herrscht und das Privilegium dieses Testamentes besteht darin, daß es den gesetzlichen, sieben Zeugen nachgelassen ist, während der Testaments-Errichtung ab- und zu zu gehen, daß also die simultanea testium praesentia nicht erfordert wird: L. 8. C. *de Testam.* — Daß der Testator selbst schon von der Epidemie ergriffen worden sey, ist zum Begriffe dieses Testamentes nicht nöthig.

§. 543.

e. Testamentum ruri conditum.

Wenn Jemand auf dem Lande ein Privat-Testament errichten will, so sind schon fünf Zeugen hinreichend, weil es daselbst gewöhnlich schwierig ist, die gesetzliche Zahl testamentsfähiger Zeugen zusammen zu bringen. Ein solches Testament kann nun sowohl mündlich, als schriftlich errichtet werden und im letztern Falle reicht die Unterschrift derjenigen Zeugen hin, welche schreiben können, und diese unterschreiben dann mit für die, welche es nicht können. Sollte aber keiner der Zeugen mit der Feder umgehen können, so bedarf es gar keiner Unterschrift. Doch wird in diesen Fällen erfordert, daß die sämmtlichen Zeugen mit dem Inhalte des Testamentes bekannt gemacht werden, damit sie denselben nöthigen Falles beschwören können: L. 31. C. *de Testam.* — Notariats-Ordnung Tit. von Testamenten: §. 2.

§. 544.

f. Testamentum parentum inter liberos.

Testamentum parentum inter liberos: testamentum, quod adscendentes sine vlla sollemnitate *externa* in fauorem descendentium suorum ita condunt, vt solos *eos* heredes instituant: Nou. 107. c. 1.

Dieses Gesetz gewährt folgende Resultate:

1) ein solches Testament muß schriftlich errichtet werden und mit dem eigenhändigen Datum und der eigenhändigen Unterschrift des Testators versehen seyn. — Nach der No-

tariats-Ordnung Tit. von Testamenten: §. 2. kann es auch mündlich errichtet werden, doch bedarf es in diesem Falle der Zuziehung von zwey Zeugen;

2) es dürfen in diesem Testamente ausschließlich nur Descendenten bedacht seyn und zwar dergestalt, daß nicht einmal Legate oder Fideicommisse zu Gunsten anderer Personen zugelassen werden, denn dann sind fünf, nach der Praxis zwey Zeugen erforderlich und

3) die Descendenten müssen wenigstens auf den Pflichttheil gesetzt seyn, weshalb eine Enterbung in einem solchen Testamente nicht vorkommen kann.

Von dem *testamentum* parentum inter liberos ist die *diuisio* parentum inter liberos zu unterscheiden, nämlich die Bezeichnung derjenigen Gegenstände, welche den Erbtheil jedes einzelnen Descendenten ausmachen sollen. Diese hat den Zweck, daß nach dem Tode des Testator alle Zwistigkeiten wegen der Erbtheilung vermieden werden sollen und ist daher als ein von dem Testator selbst vorgeschriebener Erbvergleich zu betrachten. Doch ist dieß nicht so zu verstehen, als ob der Testator schon bey seinen Lebzeiten sein Vermögen unter die Descendenten vertheilte, denn dieß würde eine Schenkung seyn, sondern die diuisio parentum inter liberos erscheint stets in der Gestalt eines letzten Willens, welcher jedoch auch mündlich errichtet werden kann und durchaus an keine äußere Feyerlichkeit gebunden ist. Sie ist daher entweder mit einem testamentum parentum inter liberos verbunden, oder tritt bey der successio ab intestato ein: Nou. 18. c. 7.

§. 545.

g. Testamentum posterius imperfectum.

Testamentum posterius imperfectum: testamentum coram *quinque* tantum testibus conditum, in quo heredes ab intestato, priori testamento praeteriti, heredes sunt instituti. Ein testamentum *imperfectum* wird hier bloß dasjenige genannt, welches vor fünf Zeugen errichtet worden ist. Es setzt ein früheres testamentum *perfectum*, also ein solches voraus, bey welchem zwar die gesetzlichen sieben Zeugen concurrirt haben, in welchem aber auf die Intestat-Erben keine Rücksicht genommen worden ist. Diese letztern dürfen jedoch nicht zugleich Notherben, d. h. solche

seyn, die auf den Pflichttheil Anspruch haben, denn dann würde das frühere Testament schon an und für sich ungültig seyn.

Wenn nun in dem testamentum posterius *imperfectum* die Intestat-Erben eingesetzt sind, so wird dasselbe dem frühern, gültigen Testamente vorgezogen: L. 21. §. 3. C. *de Testam.*

Fünfter Artikel.

Von dem Inhalte der Testamente.

Erste Unterabtheilung.

Von dem wesentlichen Inhalte oder von der Erbeinsetzung.

§. 546.

I. Begriff und Natur der Erbeinsetzung.

Directa heredis institutio (Erbeinsetzung): designatio eius, qui in vniuersum ius defuncti succedere debet, ab ipso testatore facta. Die Erbeinsetzung giebt, wie bereits oben (§. 527.) erwähnt worden ist, jedem Testamente erst seinen Begriff und seine Entstehung und ein letzter Wille, in welchem sie fehlt, kann in der Regel niemals ein testamentum, sondern nur ein codicillus seyn: §. 34. Inst. *de Legat.* Dieses essentiale der Testamente ist aber von den Gesetzen so absolut vorgeschrieben, daß, wenn es ermangelt, auch der übrige Inhalt des letzten Willens ungültig ist: L. 1. §. 3. D. *de Vulg. et pup. subst.*, es müßte denn der Testator die clausula codicillaris beygefügt haben, in welchem Falle das Testament zwar nicht als solches, aber doch als codicillus gilt: L. 29. §. 1. D. *Qui test. fac. poss.* u. L. 1. D. *de Iure codicill.*

Die Form der Erbeinsetzung ist äußerst einfach und kann mit den bloßen Worten abgethan werden: Titius heres esto (Titius soll mein Erbe seyn), denn der Begriff des Erben wird als bekannt vorausgesetzt. Nur muß die Person des Erben genau bezeichnet seyn, wenn auch im Namen ein Irrthum vorhanden wäre: §. 29. Inst. *de Legat.* An welcher Stelle des Testamentes sich die Erbeinsetzung befinde, ist gleichgültig, denn es wird nicht erfordert, daß mit ihr das Testament beginne, sie kann vielmehr mitten unter andern letztwilligen Dispositionen stehen: §. 34. Inst. *eod.*

§. 547.

II. Von der testamenti factio passiua.

An den Begriff der Erbeinsetzung knüpft sich unmittelbar die Frage an: wer zum Erben eingesetzt werden könne? Dieß kann in Bezug auf einen Jeden geschehen, welcher fähig ist, den Testator in allen seinen Rechtsverhältnissen zu vertreten, also auch den freyen Entschluß zu erklären, daß er Erbe werden wolle: L. 37. D. *de Adquir. vel om. hered.* So ist es nach neuerem R. R. namentlich erlaubt, folgende Personen zu Erben einzusetzen, über welche sich das ältere R. R. verneinend ausgesprochen hat:

1) personae incertae. Diese sind von doppelter Art:

a. solche, welche späterhin certae werden. Hierher gehören

α. postumi alieni: §. 28. Inst. *de Legat.* und

β. deren Bestimmung von einem Zufall abhängt, z. B. wenn der Testator sagt: „mein Erbe soll Derjenige seyn, welcher sich zuerst bey meinem Leichenbegängnisse einfinden", oder: „welcher der Schwiegervater meines Sohnes werden wird": §. 25. Inst. *de Legat.* in Verb. mit §. 27. *eod.*

b. personae morales. Diese sind alle vom Staate anerkannte Gemeinheiten und werden deshalb personae incertae genannt, weil sie kein körperliches Individuum ausmachen, die einzelnen Mitglieder derselben aber nicht in rechtlichen Betracht kommen können. So erklärte Constantin d. Gr. die Kirchen und milden Stiftungen für erbfähig: L. 1. C. *de SS. eccl.*, dasselbe Recht ertheilten die Kaiser Valentinian und Marcian den Armen: L. 24. C. *de Episc. et cler.*

2) peregrini. Diese wurden gegen das ältere R. R. durch die Auth. Frid. *Omnes peregrini* C. Comm. de success. für erbfähig erklärt.

Keineswegs aber dürfen auch nach neuerem R. R. folgende Personen zu Erben eingesetzt werden:

1) solche, welche absolut unfähig sind:

a. die Ketzer im weitesten Sinne, also auch die Apostaten: L. 4. §. 5. u. L. 5. C. *de Haeret.* in Verb. mit L. 1. §. 2. C. *eod.*

b. die Kinder der **Hochverräther**: L. 5. §. 1. *Ad. leg. Iul. maiest.*,

c. **unerlaubte** und bloß **geduldete Gemeinheiten**: L. 8. C. *de Heredib. inst.* im Gegensatze der **anerkannten** und

d. mulieres turpes: L. 41. §. 1. D. *de Testam. milit.*

2) solche, welche nur unter gewissen Voraussetzungen, also **relativ** unfähig sind:

a. der **Regent**, wenn er unter der Bedingung eingesetzt ist, daß er einen gegen einen Staatsbürger anhängigen Proceß fortstelle und beendige: L. 91. D. *de Heredib. inst.*,

b. der **zweyte Ehegatte**, wenn er mit Kindern aus einer frühern Ehe seines Ehegatten concurrirt. Diesem darf der letztere nicht mehr vermachen, als er demjenigen seiner Kinder erster Ehe hinterläßt, welches am Wenigsten bekommt: L. 6. pr. C. *de Sec. nupt.* (§. 303.),

c. **derselbe**, wenn er eine Wittwe geheyrathet hat, die hierdurch das Trauerjahr verletzte. Diese darf ihm nicht mehr, als den **dritten Theil** ihres Vermögens hinterlassen: L. 1. C. *de Sec. nupt.* (§. 303.),

d. die **Wittwe** selbst, welche das Trauerjahr verletzt hat, kann unter keiner Bedingung zur Erbin eingesetzt werden: L. 1. *cit.* u. Nou. 22. c. 22.

e. vxor incestuosa und deren **Kinder** können vom maritus und pater incestuosus niemals zu Erben eingesetzt werden: L. 6. C. *de Incest. nupt.*

f. liberi naturales, also solche, welche aus dem **Concubinate** erzeugt sind, können, wenn sie mit **ehelichen** Kindern concurriren, nur auf **ein Zwölftheil** des väterlichen Nachlasses eingesetzt werden, wenn sie aber bloß mit **Adscendenten** ihres unehelichen Vaters concurriren, so muß diesen wenigstens der **Pflichttheil** verbleiben: Nou. 89. c. 12. §. 2. u. 3.

Alle andere Personen können gültiger Weise zu Erben eingesetzt werden, nur müssen sie in drey verschiedenen Zeitperioden die testamenti factio passiua gehabt haben: 1) zur Zeit der Testaments-Errichtung, 2) zur Zeit des Todes des Testator und 3) von diesem Augenblicke an ununterbrochen bis zum Antritte der Erbschaft: §. 4. Inst. *de Hered. qual.* Es schadet also ihrem Erbrechte nichts, wenn sie **zwischen** der ersten und zweyten Periode die testamenti factio nicht gehabt haben: ibid.

III. Von den verschiedenen Arten der Erbeinsetzung.

§. 548.

1. Conditio.

Die Erbeinsetzung kann entweder simpliciter, oder secundum quid, d. h. unter gewissen Modalitäten oder Voraussetzungen geschehen. Die letzteren können verschieden seyn, nämlich: conditio (§. 143. u. §. 144.), dies, caussa und modus.

Ueber die bedingte Erbeinsetzung sind folgende Grundsätze zu merken:

1) die Bedingung selbst kann und darf jederzeit nur suspensiua, nicht resolutiua seyn, denn im letztern Falle würde die Rechtsregel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, verletzt werden: L. 88. *in fin.* D. *de Heredib. inst.*,

2) die conditio suspensiua muß aber möglich: §. 10. Inst. *eod.* und erlaubt seyn: L. 14. D. *de Conditionib. inst.* und wenn sie wirklich so beschaffen ist, so kann der Erbe nicht eher einen Anspruch auf die Erbschaft machen, als bis die Bedingung erfüllt ist: L. 5. §. 2. D. *Quando dies legat. ced.*,

3) die conditio, unter welcher ein Erbe eingesetzt wird, kann entweder potestatiua, oder casualis oder mixta seyn, nur darf die Erbeinsetzung nicht von der Willkühr eines Dritten abhängig gemacht werden: L. 32. pr. D. *de Heredib. inst.*

4) die conditio kann endlich auch entweder affirmatiua oder negatiua seyn und bey der letztern findet die besondere Bestimmung des R. R. Statt, daß der Erbe die Erbschaft sogleich in Anspruch nehmen kann, weil er sie, wenn auf die Erfüllung gewartet werden müßte, erst nach seinem Tode erwerben und folglich keinen Nutzen davon haben würde. Dagegen ist er aber auch verbunden, Demjenigen, welcher an seine Stelle treten würde, wenn er der Bedingung entgegen handelte, eine Sicherheit zu leisten, die unter dem Namen der cautio Muciana bekannt ist. Diese leitet ihren Ursprung von Q. Mucius Scaeuola ab und war ursprünglich nur für Legate eingeführt, deren Erwerbung der Testator von einer negativen Bedingung abhängig gemacht hatte, wurde aber später auch auf die Erbeinsetzung übergetragen: L. 7. pr. u. §. 1. *de Condit. et demonstr.*

5) Wenn nun aber die Erbeinsetzung unter einer resolutiven, oder unmöglichen oder unerlaubten Bedingung gesche-

hen ist, so wird die letztere pro non scripta angesehen, d. h. der Erbe kann die Erbschaft ohne Rücksicht auf die beygefügte Bedingung antreten, eben so, als wenn er pure eingesetzt wäre: § 10. Inst. *de Heredib. inst.* u. L. 14. D. *de Condit. inst.*, es müßte denn bey einer unmöglichen Bedingung aus dem Zusammenhange unwidersprechlich hervorgehen, daß der Testator gar nicht die Absicht hatte oder haben konnte, die von ihm erwähnte Person zum Erben einzusetzen: L. 4. §. 1. D. *de Statu lib.*

6) Sollte jedoch die beygefügte Bedingung eine conditio *perplexa* oder *captatoria* seyn, so wird die ganze Erbeinsetzung dadurch null und nichtig. Unter der erstern hat man eine solche Bedingung zu verstehen, welche keinen Sinn giebt, wie z. B. wenn Titius Erbe wird, soll Seius Erbe seyn, wenn Seius Erbe wird, soll Titius Erbe seyn: L. 16. D. *de Condit. inst.* Die letztere ist aber allemal darauf gerichtet, daß der Erbe durch die Einsetzung bewogen werden soll, auch einen letzten Willen zu errichten, welcher dem Testator oder einem Dritten irgend einen Vortheil gewährt, z. B. „ich setze den Titius zu meinem Erben ein, wenn er mich ebenfalls zum Erben einsetzt:" L. 71. D. *de Heredib. inst.* Vgl. auch L. 64. D. *de Legat. I.*

§. 549.

2. Dies.

Auch Zeitbestimmungen (dies: §. 147.) können der Erbeinsetzung beygefügt werden, doch treten hier folgende Unterscheidungen ein:

1) ein dies *ad quem*, z. B. „Titius soll vier Jahre lang mein Erbe seyn", wird pro non scripto angesehen, dergestalt, daß der Erbe die Erbschaft für immer empfängt, denn einem dies ad quem steht die Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, entgegen: §. 9. Inst. *de Heredib. inst.*

2) ein dies *a quo* ist entweder certus oder incertus. Der erstere, bey welchem es nämlich gewiß ist, daß er eintreten werde, macht die Erbeinsetzung vollkommen ungültig, z. B. wenn der Testator sagt: „nach Ablauf von fünf Jahren, von meinem Tode an gerechnet, soll Titius mein Erbe seyn". Denn auch hier steht die eben angeführte Rechtsregel im Wege: §. 9. *cit.* Der letztere hingegen, z. B. „Titius soll von dem Tage an mein Erbe seyn, an welchem er beweist, daß er eine Reise nach Amerika gemacht

habe", wird einer Bedingung gleich gestellt, ohne deren Erfüllung der Erbe keinen Anspruch auf die Erbschaft machen kann: L. 75. D. *de Condit. et demonstr.*

§. 550.

3. Caussa.

Zuweilen giebt der Testator den Beweggrund (caussa) an, warum er eine bestimmte Person zum Erben eingesetzt hat. Wenn sich diese caussa als eine *turpis* darstellt, z. B. „weil mir der Erbe bey einem Diebstahle geholfen hat", so ist die Erbeinsetzung völlig ungültig, weil sie mit den Gesetzen im Widerspruche steht, ist sie aber eine caussa *honesta*, z. B. „weil mir der Erbe das Leben gerettet hat", so gilt die Erbeinsetzung jedenfalls, wenn auch der angegebene Grund nicht in Wahrheit beruht, denn falsa caussa non nocet: L. 17. §. 2. D. *de Condit. et demonstr.* u. L. 72. §. 6. D. *eod.*, es müßte denn bewiesen werden können, daß sich der Testator in wesentlichem Irrthum befunden habe, also nur durch diesen zur Erbeinsetzung bewogen worden sey: L. 72. §. 6. *cit.*, oder die caussa selbst in die Form einer Bedingung eingekleidet seyn, z. B. „weil ich voraussetze, daß mein Sohn bey dem Erben Wohnung und Beköstigung gehabt hat", in welchem Falle das Recht der Bedingungen wieder Platz ergreift: §. 31. Inst. *de Legat.*

§. 551.

4. Modus.

Der Testator kann aber auch dem Erben einen modus (einen bestimmten Zweck: §. 148.) vorschreiben, zu welchem er die Erbschaftsgüter verwenden soll und es ist wohl eine irrige Ansicht, den modus, welcher bey letzten Willen vorkommt, auf Vermächtnisse zu beschränken. So können z. B. die Worte: „ich setze den Titius zu meinem Erben ein, damit er für arme Schüler meines Wohnortes einen Freytisch gründe", doch nur als eine institutio sub modo betrachtet werden. Der modus aber, unter welchem die Erbeinsetzung geschehen kann, ist entweder ein simplex, dessen Erfüllung nur im Interesse des Erben selbst liegt, wie z. B. „ich setze den Titius zu meinem Erben ein, damit er sich ein Grundstück kaufe" und dieser wird pro non scripto angesehen, d. h. der Erbe bekommt die Erbschaft, er mag nun den modus

erfüllen oder nicht: L. 71. pr. D. *de Condit. et demonstr.*, oder ein qualificatus, bey dessen Erfüllung ein Dritter betheiligt ist, wohin das oben angeführte Beyspiel gehört, und in diesem Falle ist der Erbe allerdings zur Erfüllung des modus verbunden und muß bis dahin Caution leisten: ibid.

IV. Von der nothwendigen Erbeinsetzung oder vom Pflichttheil.

§. 552.

1. Begriff des Pflichttheils.

Portio legitima (gewöhnlich bloß Legitima genannt, Pflichttheil): certa pars hereditatis a testatore iis personis relinquenda, quae ipsi arctiori vinculo consanguinitatis sunt iunctae: §. vlt. Inst. *de Inoff. test.* — Nou. 18. c. 1. — Nou. 115. c. 3. u. 4.

Der Testator ist rechtlich verbunden, gewissen, ihm nahe verwandten Personen, wenn nicht ein Enterbungsgrund vorhanden ist, einen Theil seines Vermögens zu hinterlassen und zwar auf dem Wege der directa heredis institutio (der Erbeinsetzung), nicht auf dem des Codicilles: Nou. 115. c. 3. Diese Personen werden heredes necessarii s. legitimae (Notherben, Pflichttheil-Erben) genannt und haben bloß auf den Pflichttheil Anspruch, denn über das übrige Vermögen kann der Testator nach freyer Willkühr verfügen.

Alle heredes legitimae sind auch heredes legitimi, aber nicht alle heredes legitimi sind auch heredes legitimae, d. h. alle Pflichttheil-Erben sind auch gesetzliche oder Intestat-Erben, also solche, welche dem Testator auch dann succediren können, wenn er kein Testament errichtet hat, dahingegen es viele gesetzliche Erben giebt, welche keinen Anspruch auf den Pflichttheil haben: Nou. 118. c. 3. u. 4.

Der Ausdruck: heres necessarius, wie er in den Quellen vorkommt, bezeichnet einen solchen Erben, welcher zum Antritt der Erbschaft gezwungen werden kann, wohin die Sclaven und filiifamilias des Testator gehörten: §. 2. Inst. *de Hered. qual.* Dieser Begriff des ältern R. R. unterscheidet sich von dem des heutigen dadurch, daß dort die Nothwendigkeit auf Seiten des Erben, hier aber auf Seiten des Testator ist.

§. 553.

2. Von den Personen, welchen der Pflichttheil gebührt.

Es giebt im R. R. überhaupt drey Classen von Pflichttheilerben, deren eine die andere gänzlich ausschließt: 1) die Descendenten 2) die Adscendenten und 3) diejenigen Geschwister, welche mit dem Testator entweder beyde Aeltern, oder doch den Vater (germani und consanguinei), nicht aber die, welche nur die Mutter mit ihm gemein haben (vterini), jedoch bloß unter der Voraussetzung, daß ihnen eine turpis persona vorgezogen worden ist: §. 1. Inst. *de Inoff. testam.* — L. 27. C. *de Inoff. testam.* — Nou. 1. *praef.* §. 2.

Die Ordnung, in welcher diese Personen auf den Pflichttheil Anspruch machen können, ist dieselbe, welche für die unten zu erklärende Intestat-Erbfolge gilt: L. 8. §. 8. *sub fin.* D. *de Inoff. testam.*, so wie auch durch letztere die Frage beantwortet wird, was für Descendenten und Adscendenten in den Pflichttheil succediren können. Nur treten in beyden Beziehungen folgende Unterschiede ein:

1) ab intestato succediren auch *minus plene* adoptati: L. 10. C. *de Adopt.*, auf den Pflichttheil aber haben sie niemals Anspruch: ibid.

2) ab intestato succediren die Adscendenten mit den vollbürtigen Geschwistern in einer Classe: Nou. 118. c. 2. u. 3. beym Pflichttheil aber werden die letztern durch die erstern gänzlich ausgeschlossen: Nou. 1. *praef.* §. 2. und

3) ab intestato erben die fratres *vterini* zugleich mit den *consanguineis*: Nou. 118. c. 3., aber auf den Pflichttheil können sie niemals Anspruch machen: L. 27. C. *de Inoff. testam.*

Endlich ist noch zu bemerken, daß in Hinsicht auf Descendenten, welche in den Pflichttheil succediren, nach Justinianeischem Rechte der Unterschied zwischen suis und emancipatis nicht zu berücksichtigen ist: Nou. 115. c. 3. pr.

§. 554.

3. Von der Quantität des Pflichttheiles.

Im ältern R. R. betrug der Pflichttheil in allen Fällen den vierten Theil der Intestatportion, weil er nach Analogie der quarta Falcidia eingeführt worden war: §. 6. Inst. *de*

Inoff. testam., aber Justinian gab in der Nou. 18. c. 1. über die Quantität des Pflichttheiles eine neue Sanction, nach welcher man unterscheiden muß, ob vier oder weniger oder fünf oder mehr Pflichttheilerben vorhanden sind. Im erstern Falle beträgt die portio legitima des einzelnen Notherben den dritten Theil, im letztern aber die Hälfte, nicht etwa der ganzen Erbschaft, sondern der portio ab intestato debita: L. 31. C. *de Inoff. testam.*

Die Berechnung dieser Quantität ist verschieden und richtet sich nach den Personen, welche auf den Pflichttheil Anspruch haben:

1) Descendenten sind entweder sämmtlich im nächsten Grade mit dem Testator verwandt, also Kinder, in welchem Falle sie nach Köpfen (in capita) gezählt werden, oder sie sind sämmtlich in entfernteren Graden mit dem Testator verwandt, also Enkel oder Urenkel und hier werden sie alle nach Köpfen gezählt, wenn sie alle nur einen Adscendenten haben, nach Stämmen (stirpes) aber, wenn sie verschiedene Adscendenten haben, oder es stehen endlich einige Descendenten auf dem nächsten, andere auf entfernteren Graden und hier werden die nächsten nach Köpfen, die entfernteren nach Stämmen gezählt: Nou. 118. c. 1.

2) Adscendenten können als Pflichttheil nicht mehr, als das Drittheil ihrer Intestatportion erhalten, niemals aber die Hälfte, weil sie, wenn ihnen der Pflichttheil zufällt, nicht mit andern Personen concurriren, sondern stets allein sind und unter ihnen in diesem Falle der Grundsatz gilt, daß der nähere den entfernteren ausschließt. Daher müssen die Adscendenten, die bey der Berechnung des Pflichttheiles concurriren, allemal auf gleichem Grade stehen und dieß kann sowohl auf der väterlichen, als auf der mütterlichen Linie nur in Bezug auf vier Adscendenten der Fall seyn, weshalb denn der Pflichttheil eines einzelnen Adscendenten jederzeit nur ein Drittheil der Intestatportion betragen kann: Nou. 118. c. 2.

3) Geschwister, welchen eine turpis persona vorgezogen worden ist, können in jedem Falle nur nach Köpfen, nie nach Stämmen gezählt werden, weil Geschwister-Kinder auf den Pflichttheil keinen Anspruch haben: Nou. 118. c. 3.

Noch sind aber in Bezug auf die Berechnung des Pflichttheiles zwey wichtige Bestimmungen anzuführen:

1) der Pflichttheil muß von der ganzen Erbschaftsmasse berechnet werden, wie sie zur Zeit des Todes vorhanden ist und daher sind auch alle passiua, nämlich die Schulden des Testator, sammt den Krankheits- und Begräbnißkosten in den Pflichttheil mit einzurechnen, d. h. der Notherbe muß sich seinen Pflichttheil so weit verhältnißmäßig kürzen lassen, als sich die passiua erstrecken. Dieß ist aber nicht von den Vermächtnissen und eben so wenig von derjenigen Erbportion zu verstehen, welche gesetzlich dem überlebenden Ehegatten zufällt. Diese werden bey der Berechnung des Pflichttheiles mit zu der Erbmasse gerechnet: L. 6. C. *de Inoff. testam.* u. L. 8. §. 9. D. *eod.* und

2) in computanda legitima iuste exheredatus et *numerum* et *partem* facit: L. 8. §. 8. D. *eod.* Diese Rechtsregel zerfällt in zwey Theile:

a. numerum facit. Wenn sich unter den Notherben einer befindet, welcher aus einem gesetzlichen Grunde enterbt worden ist, so muß derselbe bey der Berechnung des Pflichttheiles, auf welchen ein anderer Notherbe eingesetzt worden ist, mit gezählt und darf nicht als wegfallend betrachtet werden. Dieß kommt nur dann in rechtliche Betrachtung, wenn der Fall zwischen vier und fünf Notherben schwankt. Würde nämlich, wenn unter fünf Notherben einer enterbt, ein anderer auf den Pflichttheil gesetzt ist, der Enterbte nicht mitgezählt, so würde der Pflichttheil ein Drittheil der Intestatportion betragen, da er aber mit gezählt wird, so beträgt der Pflichttheil die Hälfte der Intestatportion;

b. partem facit. Der Pflichttheil, auf welchen ein Notherbe eingesetzt ist, kann dadurch, daß ein anderer Notherbe enterbt worden ist, nicht größer werden. Nämlich die Erbportion, welche der Enterbte ab intestato bekommen haben würde, ist bey Berechnung des Pflichttheiles mit in Anschlag zu bringen und von der Intestatportion des auf den Pflichttheil gesetzten Erben abzusondern, so daß sie nicht diesem, sondern den übrigen eingesetzten Erben zu Gute kommt. Wenn also z. B. drey Söhne vorhanden sind, von welchen einer enterbt, der andere auf den Pflichttheil gesetzt ist, so beträgt die Intestatportion, von welcher der Pflichttheil des zweyten Sohnes berechnet werden muß, nicht die Hälfte, sondern das Drittheil der ganzen Erbschaft und dasjenige Drittheil, welches der Enterbte bekommen haben würde, fällt in die Erbschaftsmasse, also dem dritten Sohne zu.

§. 555.

4. Von der Einsetzung auf den Pflichttheil.

Ueber die Einsetzung auf den Pflichttheil sind folgende Hauptregeln zu merken:

1) der Pflichttheil muß titulo institutionis s. vniuersali s. honorabili hinterlassen werden. Diese Regel zeigt an, daß derjenige Notherbe, welcher auf den Pflichttheil gesetzt wird, zum Erben eingesetzt werden muß, daß es also nicht hinreicht, wenn der Testator dem Notherben unter der Form eines Codicilles so viel hinterläßt, als der Pflichttheil beträgt. Der Testator muß also sagen: „ich setze meinen Sohn, Vater rc. zu meinem Erben ein, hinterlasse ihm jedoch nur den Pflichttheil": Nou. 115. c. 3. pr. — Von dieser Regel machen aber die Geschwister eine Ausnahme, welchen eine turpis persona vorgezogen worden ist. Denn diesen kann für den erwähnten Fall (ohne welchen sie überhaupt auf den Pflichttheil keinen Anspruch haben) derselbe in jeder Form, also auch in der des Codicilles hinterlassen werden: L. 30. pr. u. §. 1. C. *de Inoff. testam.*

2) Es ist nicht unbedingt erforderlich, daß die Notherben auf den vollständigen Pflichttheil eingesetzt werden, es kann ihnen auch weniger hinterlassen werden, wenn sie nur zu Erben eingesetzt sind, denn in diesem Falle bleibt das Testament, mithin auch die directa heredis institutio bey Kräften und die verletzten Pflichttheil-Erben klagen das Fehlende mit der condictio *suppletoria s. expletoria* ein, welche sie gegen die übrigen eingesetzten Erben anstellen: L. 30. pr. C. *eod.* u. Nou. 115. c. 5. pr. Auch verjährt diese Klage erst in 30 Jahren. (§. 192.)

3) Der Pflichttheil muß unbeschwert hinterlassen werden, d. h. pure (ohne Bedingungen), sine die (ohne Zeitbestimmungen) und ohne besondere Verpflichtungen, welchen der Notherbe zu genügen hätte, z. B. daß er von seinem Pflichttheile an andere Personen Legate, Fideicommisse rc. auszahlen solle. Alle diese dem Pflichttheil-Erben aufgelegten onera werden pro non scriptis angesehen: L. 32. C. *de Inoff. testam.* Diese Regel wird auch keinesweges durch die sogenannte *cautela Socini* entkräftet, welche ihren Namen von einem Rechtsgelehrten des 16ten Jahrh. hat. Sie ist: cautela, qua testator heredi necessario electionem relin-

quit, vtrum legitimam sine onere, an plus cum onere sibi habere velit. Vgl. L. 12. C. *eod.*

4) In einem bestimmten Falle hat der Testator sogar schon bey seinen Lebzeiten darauf Rücksicht zu nehmen, daß er den Pflichttheil seiner Notherben nicht verletze, nämlich bey Schenkungen unter Lebenden, welche er zu Gunsten fremder Personen vornimmt. Solche Schenkungen werden, wenn sie den Pflichttheil verletzen, donationes inofficiosae genannt und wenn diese Verletzung des Pflichttheiles nach dem Tode des Testators noch besteht, so können die Pflichttheil-Erben die querela inofficiosae donationis gegen den donatarius oder dessen Erben gebrauchen, damit diese so viel herausgeben, als zur Erfüllung des Pflichttheiles erforderlich ist: L. 87. §. 3. u. 4. D. *de Legat. II.* u. L. 1. C. *de Inoff. donat.* Diese Klage kann aber mit Wirkung nur dann angestellt werden, wenn sich eine Verletzung des Pflichttheiles zu zwey verschiedenen Zeitperioden herausstellt:

a. zur Zeit der geschehenen Schenkung. Hier muß der Testator so viel weggeschenkt haben, daß, wenn der Testator gleich nach der Schenkung mit Tode abgegangen wäre, die Notherben nicht ihren vollen Pflichttheil erhalten hätten: L. 7. C. *eod.* und

b. zur Zeit des Todes. Denn wenn der Testator bis zu seinem Tode wieder so viel erworben hat, als zur Ergänzung des früher verletzten Pflichttheiles gehört, so fällt die Klage weg: Nou. 92. c. 1. pr.

Da nun diese Klage auf dem fingirten Grunde beruht, daß der Testator, als er eine solche Schenkung vorgenommen, nicht bey Sinnen gewesen sey, also den status testatoris in Zweifel zieht, so verjährt sie schon in fünf Jahren, welche vom Antritte der Erbschaft an zu rechnen sind: arg. L. 34. in fin. C. *de Inoff. testam.*

Ganz nach denselben Grundsätzen ist der Fall zu beurtheilen, wenn der Testator durch die Bestellung einer Mitgift den Pflichttheil seiner Notherben verletzt. Hier können die Letztern mit derselben Wirkung die querela inofficiosae dotis gebrauchen: L. vn. C. *de Inoff. dot.*

§. 556.

5. Ausschließung vom Pflichttheil:

a. Begriff der exheredatio und praeteritio.

Exheredatio (Enterbung): exclusio a legitima per testatorem ita facta, vt personae exclusae verbis expressis denotentur: pr. Inst. *de Exhered. lib.*

Praeteritio (Uebergehung): exclusio a legitima per silentium testatoris de heredibus exclusis declarata: §. 12. Inst. *de Heredit. quae ab intest. def.* u. §. 7. Inst. *de Exheredat. lib.*

Gemeinschaftliche Kennzeichen beyder Handlungen sind:

1) beyde Arten der Ausschließung treten nur in Bezug auf heredes *necessarios* ein, denn Der, welcher nicht zu den Notherben gehört, kann weder über exheredatio, noch über praeteritio klagen,

2) beyde Arten müssen, gleich der institutio heredis, in einem Testamente geschehen, die Codicillarform ist hierzu keineswegs ausreichend: §. 2. Inst. *de Codicill.*,

3) beyde Arten müssen unbedingt geschehen: L. 3. §. 1. D. *de Lib. et postum.* Hauptsächlich aber müssen

4) beyde Arten aus einem gesetzlichen, vom Testator angegebenen Grunde erfolgen: Nou. 115. c. 3—5. Bey der praeteritio läßt sich dieß z. B. denken, wenn der Testator sagt: „ich setze meinen ältesten Sohn Titius zu meinem alleinigen Erben ein, weil er mir nicht nach dem Leben getrachtet hat".

Die Unterschiede aber, welche zwischen beyden Arten der Ausschließung eintreten, sind folgende:

1) die Descendenten, gleichviel welchen Geschlechtes, können von ihren väterlichen Adscendenten nur durch exheredatio vom Pflichttheile ausgeschlossen werden, von ihren mütterlichen Adscendenten aber auch durch praeteritio,

2) die Adscendenten, väterliche oder mütterliche, und die Geschwister können durch praeteritio vom Pflichttheile ausgeschlossen werden: L. 4. C. *de Lib. praeterit.* u. §. 7. Inst. *de Exheredat. lib.* Nou. 115. c. 4. pr.

§. 557.

b. Form der exheredatio und praeteritio.

1. Die Form der praeteritio besteht bloß darin, daß der Testator die iusta caussa angebe, aus welcher er den oder jenen Notherben mit Stillschweigen übergangen habe. Diese Form war dem ältern R. R. fremd und ist erst von Justinian durch die 115te Novelle eingeführt worden.

2. Die Form der exheredatio aber war nach altem Rechte weit einfacher, als nach Justinianeischem. In Hinsicht auf die erstere sagt man: *rite* facta est, von der letztern: *iuste* facta est.

Nach altem R. R. bestand die Form der exheredatio darin, daß sie nominatim geschah, ohne daß die Hinzufügung irgend eines Grundes nöthig gewesen wäre, auch bezog sich diese Form nur auf Söhne, die sich in der väterlichen Gewalt befanden, denn die übrigen Descendenten konnten inter ceteros, d. h. unter einem Collectivnamen (z. B. meine übrigen Kinder, meine Töchter, meine Enkel ꝛc.) exheredirt werden, wenn sie sich in der väterlichen Gewalt des Testators befanden, alle übrige nahe Verwandte konnten durch praeteritio ausgeschlossen werden, ohne daß sie das Testament hätten anfechten können.

Justinian bestätigte die Enterbungsform des alten Rechts, nämlich daß die Enterbung nominatim geschehen müßte, für die Personen, welche, wie oben (§. 556.) gesagt wurde, nicht übergangen werden können, fügte aber in der 115ten Novelle in Hinsicht auf alle Notherben ohne Unterschied eine neue Form hinzu, welche sowohl bey der exheredatio, als praeteritio zu beobachten ist und darin besteht, daß der Testator unbedingt und in jedem Falle den gesetzlichen Enterbungsgrund ausdrücklich anführe.

Das Resultat ist nun, daß die exheredatio nach Justinianeischem Rechte rite et iuste geschehen muß, die praeteritio aber jederzeit nur iuste geschehen kann und zu geschehen braucht.

§. 558.

c. Gründe der exheredatio und praeteritio.

Die Gründe sind für beyde Arten der Ausschließung vom Pflichttheile dieselben und hinsichtlich der Descendenten und Ascendenten in Nov. 115. c. 3. u. 4., in Bezug auf die Geschwister

aber in Nov. 22. c. 47. pr. einzeln angegeben. Man hat nämlich drey Classen zu unterscheiden:

I. Gründe, aus welchen Descendenten von ihren Abscendenten enterbt, oder übergangen werden können. Deren giebt es vierzehn:

1) lebensgefährliche Mißhandlungen oder Nachstellungen nach dem Leben,

2) Real-Injurien,

3) Verbal-Injurien,

4) peinliche Anklage, mit Ausnahme des Majestäts-Verbrechens und des Hochverrathes,

5) delatio (iudicialis s. fiscalis): quaelibet denunciatio publica, quae patrimonii deminutionem efficit,

6) familiaritas cum maleficis (mit Giftmischern und Wahrsagern),

7) unerlaubter Umgang mit dem Stiefvater oder der Stiefmutter,

8) Weigerung eines Sohnes, durch Bürgschaft seinen Vater aus dem Gefängnisse zu befreyen,

9) wenn die Descendenten ihren Abscendenten von Errichtung eines Testamentes haben abhalten oder sie zur Zurücknahme eines bereits errichteten haben bewegen wollen,

10) eine Lebensweise, welche die leuis nota mit sich bringt (§. 219. u. §. 220.)

11) wenn sich die Descendenten ihrer in Wahnsinn verfallenen Abscendenten nicht angenommen haben,

12) wenn die Descendenten, obwohl sie es vermochten, ihre Abscendenten nicht aus der Gefangenschaft losgekauft haben,

13) Ketzerey im weitesten Sinne und

14) wenn minderjährige Töchter, obwohl ihnen der Vater eine Mitgift bestellt, dennoch eine Heyrath ausschlagen und sich einer ausschweifenden Lebensart ergeben.

II. Gründe, aus welchen Abscendenten von ihren Descendenten enterbt oder übergangen werden können. Deren giebt es acht:

1) lebensgefährliche Mißhandlungen oder Nachstellungen nach dem Leben,

2) wenn sich die Abscendenten unter einander selbst nach dem Leben getrachtet haben,

3) peinliche Anklage, mit Ausnahme des Majestäts-Verbrechens und des Hochverrathes,

4) wenn die Ascendenten ihre Descendenten von Errichtung eines Testamentes haben abhalten, oder sie zur Zurücknahme eines bereits errichteten haben bewegen wollen,

5) unerlaubter Umgang mit der Stieftochter oder dem Stiefsohne,

6) wenn sich die Ascendenten ihrer in Wahnsinn verfallenen Descendenten nicht angenommen haben,

7) wenn Ascendenten, obwohl sie es vermochten, ihre Descendenten nicht aus der Gefangenschaft losgekauft haben und

8) Ketzerey im weitesten Sinne.

III. Gründe, aus welchen der Testator seinen Geschwistern (germanis und consanguineis) eine turpis persona vorziehen kann:

1) lebensgefährliche Mißhandlungen und Nachstellungen nach dem Leben,

2) peinliche Anklage, mit Ausnahme des Majestäts-Verbrechens und Hochverrathes und

3) delatio iudicialis oder fiscalis.

Ueber die Gründe der exheredatio und praeteritio sind nun noch folgende Grundsätze zu merken:

1) es darf keine Analogie derselben eintreten, sondern sie müssen ganz so angenommen werden, wie sie das Gesetz ausgesprochen hat: Nou. 115. c. 3. pr.

2) es ist die Sache des eingesetzten Erben, die Wahrheit des Enterbungsgrundes zu beweisen und

3) wenn sich der Testator noch bey Lebzeiten mit dem Notherben, den er aus einem der angegebenen Gründe vom Pflichttheile hätte ausschließen können, wieder versöhnt oder ihm ausdrücklich oder stillschweigend verziehen hat, so ist die später erfolgende Enterbung oder Präterition ungültig, es müßte denn dieselbe durch einen neuen Grund gerechtfertigt werden: §. 12. Inst. *de Iniur.* u. L. 11. §. 1. D. *eod.*

§. 539.

d. Folgen der widerrechtlichen Ausschließung.

Wenn die Enterbung oder Präterition nicht unter der von den Gesetzen vorgeschriebenen Form geschehen ist, so haben die Noth-

erben, welche solchergestalt im Pflichttheile verletzt sind, gewisse Klagen, durch welche sie das Testament anfechten können, welche aber allerdings verschiedene Wirkungen hervorbringen. Diese Klagen sind die querela *nullitatis* und die querela *inofficiosi testamenti,* welche letztere gewöhnlich nur querela inofficiosi genannt wird.

Die Wirkung der querela *nullitatis* ist die, daß das ganze Testament, nicht nur in Bezug auf die Erbeinsetzung, sondern auch auf die in dem Testamente enthaltenen Codicille umgestoßen wird, die Wirkung der querela *inofficiosi* ist aber die, daß nur die Erbeinsetzung ungültig wird, die übrigen capita testamenti aber bey Kräften bleiben: L. 1. u. 17. D. *de Iniusto testam.* — L. 17. §. 1. u. L. 28. D. *de Inoff. testam.* Vgl. auch L. 8. §. 8. D. *eod.*

Großer Streit ist aber unter den Rechtsgelehrten, welche von diesen beyden Klagen in den verschiedenen Fällen der widerrechtlichen Ausschließung angestellt werden könne und es haben sich hierüber drey verschiedene Systeme gebildet: systema nullitatis, inofficiositatis und mixtum.

1. Nach dem Nullitäts-Systeme steht allen Notherben, welche im Pflichttheile verletzt sind, ohne Unterschied die querela nullitatis zu. Dieses System gründet sich darauf, daß Justinian die Rechte, welche den suis heredibus nach altem R. R. zustanden, auf die emancipirten Descendenten, auf die Adscendenten und, für den mehr erwähnten Fall, auch auf die Geschwister ausgedehnt, mithin auch allen diesen Personen die Klage ertheilt habe, welche im alten R. R. nur von den suis heredibus habe angestellt werden können.

2. Nach dem Inofficiositäts-Systeme haben alle Notherben, welche im Pflichttheile verletzt sind, ohne Unterschied die querela inofficiosi. Dieses System ist gerade auf die entgegengesetzte Ansicht gestützt, nämlich daß Justinian den Begriff und die Rechte der Suität gänzlich aufgehoben, mithin auch die querela nullitatis vernichtet habe, welche allein den suis heredibus nach altem Rechte zustand.

Aber beyde Systeme sind in ihren Schlüssen zu weit gegangen, denn beyde haben den wichtigen Umstand außer Acht gelassen, daß Justinian die alte Enterbungsform rücksichtlich derjenigen Descendenten, welche von ihren väterlichen Adscendenten enterbt werden, bestätigt hat, daß er aber auch diese Form auf die emancipirten Descendenten ausgedehnt hat, insofern dieselben

von ihren väterlichen Adscendenten enterbt werden sollen. Das richtige System dürfte daher

3. das gemischte seyn. Nach diesem ist zu unterscheiden, wie folgt:

a. Descendenten, welche von ihren väterlichen Adscendenten durch Präterition vom Pflichttheile ausgeschlossen worden sind, können, wenn auch eine iusta caussa hinzugefügt ist, unbedingt die querela nullitatis anstellen, denn es ist die von Justinian bestätigte Form des alten Rechts verletzt, sie sind nicht nominatim enterbt und können sich daher der Klage bedienen, welche das alte Recht in diesem Falle den suis heredibus ertheilt hatte. — Sind aber die Descendenten von ihren väterlichen Adscendenten durch Enterbung vom Pflichttheile ausgeschlossen worden, jedoch ohne Hinzufügung einer iusta caussa, so können sie nur die querela inofficiosi gebrauchen, weil zwar die Form des alten Rechts beobachtet, die des Justinianeischen aber verletzt ist. Dasselbe gilt, wenn die Descendenten von ihren mütterlichen Adscendenten ohne Hinzufügung einer iusta caussa übergangen worden sind.

b. die Adscendenten und Geschwister, (wenn diesen letztern eine turpis persona vorgezogen worden ist) können aber in jedem Falle nur die querela *inofficiosi*, niemals die querela *nullitatis* anstellen, weil sie ihr Recht auf den Pflichttheil nur der Justinianeischen Gesetzgebung verdanken. Sie gebrauchen diese Klage, wenn sie ohne Hinzufügung eines gesetzlichen Grundes entweder enterbt, oder übergangen worden sind.

Noch ist zu bemerken, daß dem Falle, in welchem die exheredatio oder praeteritio ohne Hinzufügung einer iusta caussa geschehen ist, zwey andere Fälle gleichstehen: *α.* wenn zwar eine Ursache angegeben worden, diese aber von der 115ten Novelle nicht bestätigt wird und *β.* wenn die angegebene Ursache zwar im Gesetze steht, aber nicht in Wahrheit beruht und der eingesetzte Erbe sie nicht beweisen kann.

§. 560.

e. Von der querela nullitatis und inofficiosi in's Besondere.

Die querela *nullitatis*, welche auf Umstoßung des ganzen Testamentes gerichtet ist, dergestalt, daß auch die darin enthaltenen

Codicille ihre Gültigkeit verlieren sollen, verjährt erst in 30 Jahren, von dem Augenblicke an gerechnet, in welchem der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat, die querela *inofficiosi* aber, welche bloß auf Umstoßung der Erbeinsetzung gerichtet ist, dergestalt, daß die in dem Testamente enthaltenen Codicille bey Kräften bleiben, verjährt schon in fünf Jahren, welche von derselben Zeit an zu rechnen sind: L. 8. §. 17. D. *de Inoff. testam.* u. L. 34. in fin. C. *eod.* (§. 555.)

Werden aber diese Klagen ohne Erfolg angestellt, so bleibt das Testament bey Kräften und der Kläger verliert zur Strafe alles Dasjenige, was ihm im Testamente vermacht worden ist: L. 8. §. 14. D. *eod.*

Gänzlich fallen diese Klagen weg:

1) gegen ein testamentum militare (§. 539.),

2) gegen das Testament, welches ein filiusfamilias über sein peculium militare errichtet hat: L. 8. §. 4. D. *eod.*,

3) gegen eine exheredatio bona mente facta, nämlich wenn der Testator die exheredatio oder praeteritio in der Absicht vorgenommen hat, um von dem Notherben unvermeidliche Nachtheile abzuwenden, wie z. B. wenn die Erbschaft oder der Notherbe selbst so verschuldet ist, daß dem letztern der Erbschafts-Antritt nichts helfen, sondern nur Weiterungen und Unannehmlichkeiten verursachen würde: L. 18. D. *de Lib. et postum.* u. L. 16. §. 2. D. *de Curat. furios.*

4) wenn der Notherbe das Testament bereits ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat: L. 8. §. 10. D. *de Inoff. testam.* u. L. 23. §. 1. D. *eod.* Ein Verzicht bey Lebzeiten des Testator ist aber völlig ungültig: L. 35. §. 1. C. *eod.* und

5) wenn der Notherbe gestorben ist, ohne Descendenten zu hinterlassen oder die Klage bereits angestellt zu haben, denn wenn dieses geschehen ist, geht dieselbe auf alle Erben ohne Unterschied über: L. 6. §. 2. D. *eod.*

§. 561.

6. Pflichttheil des armen Ehegatten.

Bis hierher ist vom Pflichttheile im eigentlichen Sinne, nämlich von demjenigen die Rede gewesen, welcher den nächsten Verwandten des Testator gebührt. Doch hat das R. R. einen

casus vnicus aufgestellt, in welchem auch eine Person, welche mit dem Testator nicht verwandt ist, einen Pflichttheil verlangen kann. Diese Person ist der arme Ehegatte und daher die legitima coniugis pauperis, welche ursprünglich nur für die arme Wittwe eingeführt ist: Nou. 117. c. 5., aber durch Analogie und Praxis auch dem armen Wittwer zugestanden wird.

Dieser Pflichttheil setzt voraus, daß der überlebende Ehegatte durchaus kein eigenes Vermögen besitzt, von welchem er standesgemäß leben könnte, und es treten hier folgende Unterscheidungen ein:

1) wenn der arme Ehegatte mit drey oder weniger Erben concurrirt, so beträgt sein Pflichttheil das Viertheil der Erbschaft, wenn er aber mit vier oder mehr Erben concurrirt, so besteht sein Pflichttheil in der portio virilis, d. h. er bekommt so viel, als jeder der übrigen eingesetzten oder Intestaterben, welche letztere jedoch, wenn sie nicht im ersten Grade mit dem Testator verwandt sind, nach Stämmen gerechnet werden;

2) sind aber die Erben, mit welchen der arme Ehegatte concurrirt, Kinder des Testator, so erhält er bloß den vsusfructus an dem ihm gebührenden Pflichttheile, denn die Proprietät fällt den Kindern zu (§. 470.) und dieß ist der Fall eines vsusfructus legalis.

Doch ist diese successio coniugis pauperis nicht die einzige Succession der Ehegatten, vielmehr giebt es noch eine andere, welche vom Prätor durch das edictum: *vnde vir et vxor* eingeführt und von Justinian bestätigt worden ist: §. 4. Inst. *de Bon. poss.* Diese Succession tritt dann ein, wenn der Testator ohne irgend einen Erben mit Tode abgegangen ist, in welchem Falle der überlebende Ehegatte dem Fiscus vorgezogen wird.

Das Resultat ist, daß das R. R. überhaupt zwey Successionen der Ehegatten kennt: 1) successio priuilegiata: der Pflichttheil des armen Ehegatten und 2) successio subsidiaria: ex edicto vnde vir et vxor, welche nicht in den gegenwärtigen Zusammenhang gehört.

Aus der legitima coniugis pauperis scheint sich die portio statutaria des deutschen Ehegatten gebildet zu haben.

Zweyte Unterabtheilung.

Von dem zufälligen Inhalte der Testamente und in's Besondere von der Substitution.

§. 562.

I. Begriff und Eintheilungen der substitutio.

Obwohl die directa heredis institutio das wesentliche Erforderniß jedes Testamentes ist, so können doch in dieses auch andere Dispositionen aufgenommen werden, namentlich aber: 1) Substitutionen, von welchen gegenwärtig gehandelt werden soll, 2) Vormundschafts-Bestellungen (§. 338.) und 3) Codicille jeder Art, von welchen unten die Rede seyn wird.

Da nun aber der Testator nicht wissen kann, ob Der, welchen er zum Erben eingesetzt hat, die Erbschaft antreten könne oder wolle, so wird zuweilen auch der Fall berücksichtigt, daß der eingesetzte Erbe nicht Erbe wird und auf diesen Fall ein Anderer an dessen Stelle ernannt. Daher der Begriff der

[1] *Substitutio*: institutio heredis vlterioris in casum deficientis primi: pr. Inst. *de Vulg. subst.* Das Wort: deficere ist ein Kunstausdruck und wird von demjenigen Erben gebraucht, welcher die Erbschaft entweder nicht antreten kann oder nicht antreten will. Der defectus heredis ist also das eigentliche Erforderniß der Substitution, doch kommen mehrere Ausnahmen vor, in welchen die Substitution auch dann von Wirkung ist, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft wirklich angetreten hat. Daher die Eintheilung der substitutio in *propriam* und *impropriam*. Die substitutio *propria* wird auch vulgaris genannt und ist die oben erklärte, welche die Regel ausmacht, die *impropria* ist aber: substitutio, quae, licet heres institutus hereditatem adierit, tamen effectu suo non destituitur. Diese kann unter einer vierfachen Gestalt vorkommen, denn sie ist 1) fideicommissaria s. fideicommissum vniuersale, 2) pupillaris, 3) quasipupillaris und 4) militaris.— Der substitutio fideicommissaria wird die vulgaris s. propria unter dem Namen der substitutio *directa* entgegengesetzt. Jene besteht darin, daß der Testator dem direct eingesetzten Erben aufträgt, die ganze Erbschaft einer andern Person zu restituiren, in welchem Falle der direct eingesetzte Erbe: heres *fiduciarius*, der

Empfänger aber: heres *fideicommissarius* heißt. Von dieser Substitution kann erst unten in der Lehre von den Fideicommissen die Rede seyn. Die substitutio *militaris* ist bereits oben (§. 539.) erklärt worden und es bleiben daher für den gegenwärtigen Zusammenhang nur die vulgaris, pupillaris und quasipupillaris übrig.

§. 563.

II. Von der substitutio vulgaris.

Die substitutio *vulgaris s. propria* setzt stets den defectus heredis voraus, mithin, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht antreten kann oder will. Doch ist es nach der Praxis nicht nothwendig, daß der Testator beyde erwähnte Fälle ausdrücklich bezeichne, es reicht vielmehr hin, wenn er nur einen von beyden anführt, unter welchem dann der andere Fall stillschweigend mit verstanden wird. Daher die Eintheilung der substitutio vulgaris in *expressam* und *tacitam*.

Ueber die rechtliche Natur der substitutio sind folgende Grundsätze zu merken:

1) sie richtet sich im Allgemeinen nach den Principien, welche über die directa heredis institutio, namentlich über die testamenti factio actiua und passiua gelten (§. 546.),

2) Durch jede substitutio wird eine Stufenfolge unter den eingesetzten Erben bedingt, deren Bestimmung der Testator ganz in seiner Gewalt hat, so daß er sie nach Belieben verlängern kann. Daher kann bey der Substitution von einem Erben in primo, secundo, tertio gradu etc. u. s. w. die Rede seyn, dergestalt, daß wenn der zunächst ernannte Erbe deficirt, derjenige an die Reihe kommt, welcher in der Erbeinsetzung auf ihn folgt. Hierbey kann auch die Rechtsregel eintreten: substitutus substituto substitutus etiam est instituto. Diese Regel zeigt an, daß, wenn mehrere Substituten unter einander stehen, aber einer der höheren Substituten schon bey Lebzeiten des Testator mit Tode abgegangen ist und nach dem Tode des Testator der heres *institutus* deficirt, auch ein tiefer stehender Substitut die Erbschaft antreten kann, obwohl zwischen ihm und dem deficirenden institutus eine Lücke entstanden ist: §. 3. Inst. *de Vulgar. subst.* u. L. 27. D. *de Vulg. et pup. subst.*,

3) der Testator kann einem einzigen institutus mehrere Personen und umgekehrt mehreren institutis eine einzige Person substituiren: L. 36. §. 1. D. *de Vulg. et pup. subst.*

4) Die substitutio vulgaris zeigt sich aber auch noch in einer besonders merkwürdigen Gestalt, nämlich als substitutio *reciproca* s. *mutua*: quae inter *coheredes* obtinet. Durch diese kann nämlich der Testator auf den Fall Vorkehrungen treffen, daß einer oder der andere der eingesetzten Miterben seinen Erbantheil nicht antreten kann oder will. Auf diesen Fall bleibt es dem Testator unbenommen, nach seiner Willkühr zu bestimmen, welcher von den übrigen Miterben, die ihre Erbportionen wirklich antreten, den erledigten Antheil und wieviel er davon erhalten soll: L. 37. §. 1. D. *de Heredib. inst.* u. L. 4. §. 1. D. *de Vulg. et pup. subst.* Hat aber der Testator gar nichts darüber ausgesprochen, so tritt das Gesetz für ihn ein und macht wegen der Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, das sogenannte ius adcrescendi (das Anwachsungsrecht) geltend. Das Resultat ist daher, daß der Testator das ius adcrescendi durch die substitutio reciproca nach Belieben umändern kann, weshalb sich die letztere auch wohl mit dem Namen eines ius adcrescendi testamentarium bezeichnen ließe. — Von den Neueren wird die substitutio reciproca auch *breuiloqua* oder *compendiosa* genannt.

5) die substitutio vulgaris erlischt in folgenden Fällen:

a. wenn der institutus die Erbschaft angetreten hat: L. 5. C. *de Impub. et al. subst.*

b. wenn zwar der institutus deficirt, ihm aber die transmissio hereditatis zu Statten kommt, d. h. wenn der institutus das Vorrecht hat, die ihm angefallene Erbschaft auf seine Erben auch dann zu übertragen, wenn er dieselbe nicht angetreten hat: L. 4. u. 5. D. *de Bon. poss. contra tab.* und

c. wenn der substitutus selbst deficirt, also die Erbschaft nicht antreten kann oder will: L. vn. §. 4. C. *de Caduc. toll.*

§. 564.

III. Von der substitutio pupillaris.

Substitutio pupillaris: substitutio impropria suo heredi *impuberi* eum in casum facta, si impubes *tamquam talis* decesserit. Da nämlich ein impubes kein Testament machen darf, so haben die Gesetze dem Vater erlaubt, für denselben einzutreten und

auch den Erben des **Sohnes** zu bestimmen, wenn Letzterer vor erlangter Mündigkeit mit Tode abgehen sollte: pr. Inst. *de Pupillari subst.*

Ueber die Erfordernisse und die rechtliche Natur der Pupillar-Substitution gelten folgende Grundsätze:

1) der Testator muß den unmündigen Sohn oder die unmündige Tochter, oder die Enkel und entfernteren Descendenten, welchen er pupillariter substituiren will, bis zu seinem Tode in seiner väterlichen Gewalt haben. Das fundamentum (der rechtliche Grund) der substitutio pupillaris ist also jederzeit die **väterliche Gewalt** und deshalb kann sich diese Art der Substitution nur auf einen suus heres beziehen, d. h. auf eine solche Person, welche zwar bis zum Tode des Testator in dessen väterlicher Gewalt gestanden hat, aber nach dessen Tode sui iuris wird: L. 2. pr. D. *de Vulg. et pup. subst.* Doch leidet diese Regel bey **militärischen** Testamenten eine Ausnahme: L. 28. D. *de Testam. milit.* (§. 539.)

2) Die Pupillar-Substitution gilt nur dann, wenn der Testator den unmündigen Descendenten **zum Erben** eingesetzt oder unter der gesetzlichen Form von der Erbschaft **ausgeschlossen** hat, so daß also der Testator im letztern Falle gültiger Weise sich einen andern Erben wählen und dennoch dem unmündigen Descendenten pupillariter substituiren kann: §. 4. Inst. *de Pup. subst.*

3) Hiernach ist bey der Pupillar-Substitution stets von **zwey Testamenten** die Rede, obwohl sie in einem und demselben begriffen seyn können, nämlich von dem, welches der Testator für sich selbst, und von dem, was er für den unmündigen Descendenten errichtet, so daß ein pupillariter substitutus **zwey verschiedene Erbschaften** erwerben kann: L. 2. §. 4. D. *de Vulg. et pup. subst.*

4) Wenn der Testator beyde Testamente in **einem** Aufsatze verbindet, so gelten natürlich die Sollemnitäten für beyde zugleich, doch steht es auch dem Testator frey, die beyden Testamente **abgesondert**, ja sogar das eine **mündlich**, das andere **schriftlich** zu errichten: L. 20. §. 1. D. *eod.*, nur muß er im Falle der abgesonderten Errichtung zuerst **für sich** testiren und bey jedem Testamente müssen die gesetzlichen Feyerlichkeiten besonders beobachtet werden: L. 2. §. 4—7. D. *eod.*

5) Bey der Pupillar-Substitution braucht der Testator auf die Pflichttheil-Erben des impubes keine Rücksicht zu nehmen: L. 8. §. 5. D. *de Inoff. test.*

6) Doch bleibt die Pupillar-Substitution nur bis zur Pubertät des Descendenten in Kraft, kann also niemals über die Jahre der Pubertät hinaus erstreckt werden: L. 7. D. *de Vulg. et pup. subst.* ausgenommen die substitutio militaris: L. 15. D. *eod.* (§. 539.) — Wohl aber kann der Testator seinem Descendenten auf eine kürzere Zeit pupillariter substituiren, in welchem Falle der substitutus nur dann zur Succession gelangen kann, wenn der impubes vor der vom Testator bestimmten Zeit mit Tode abgegangen ist, weil außerdem die Erbschaft den Intestat-Erben des impubes zufällt: L. 21. D. *eod.*

7) Substitutio pupillaris etiam continet vulgarem, d. h. die Pupillar-Substitution bleibt auch dann wirksam, wenn der impubes die Erbschaft nicht angetreten hat: L. 4. pr. D. *eod.* — Hat aber der Testator, was jedoch nach Inhalt des angeführten Gesetzes nicht erforderlich ist, beyde Fälle ausdrücklich erwähnt, so wird die substitutio pupillaris: substitutio *duplex* genannt: L. 1. §. 1. D. *eod.*

8) Die substitutio pupillaris erlischt in folgenden Fällen:

a. wenn der unmündige Descendent das Alter der Pubertät erreicht hat: L. 14. D. *eod.*

b. veniente die, wenn die Substitution auf eine kürzere Zeit beschränkt war: L. 21. *eod.*

c. wenn der impubes noch vor dem Tode des Testator emancipirt oder in Adoption gegeben wird: L. 41. §. 2. *eod.*

d. wenn der impubes, als solcher, nach dem Tode des Testator arrogirt wird: L. 17. §. 1. D. *de Adopt.*,

e. wenn das Testament des Vaters nach dem Civilrechte ungültig ist: L. 34. §. 2. u. L. 35. D. *de Vulg. et pup. subst.* und

f. wenn der unmündige Descendent noch vor dem Testator mit Tode abgeht, was jedoch bloß von dem Falle gilt, daß er enterbt worden war, denn wenn er eingesetzt war, so gilt die substitutio pupillaris als *vulgaris*: §. 4. Inst. *de Pup. subst.* — L. 4. pr. D. *de Vulg. et pup. subst.* — L. 41. §. 2. D. *eod.*

§. 565.

IV. Von der substitutio quasipupillaris.

Substitutio quasipupillaris: substitutio impropria descendentibus mente captis eum in casum facta, si in tali statu deces-

serint: §. 1. Inst. *de Pup. subst.* u. L. 9. C. *de Impub. et al. subst.*

Ein mente captus kann, gleich dem impubes, kein Testament machen. Anders verhält es sich mit dem furiosus, welcher in lichten Zwischenräumen gültig testirt: §. 1. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.* und darum ist die substitutio quasipupillaris auf mente captos zu beschränken. Diese Substitution ist erst von Justinian und zwar nach dem Beyspiele der pupillaris: L. 9. *cit.* eingeführt und wird daher auch exemplaris oder auch Justinianea genannt.

Ueber die rechtliche Natur dieser Substitution, von welcher die beyden oben angeführten Stellen handeln, sprechen sich folgende Grundsätze aus:

1) das fundamentum, auf welchem die substistutio quasipupillaris beruht, ist keinesweges die väterliche Gewalt, sondern die Liebe und Fürsorge der Abscendenten für ihre wahnsinnigen Descendenten, denen sie solche Personen (statt der vielleicht ganz fremden Intestaterben) substituiren wollen, von welchen sie erwarten können, daß sie die Wahnsinnigen pflegen und gut behandeln werden. Darum kann die substitutio quasipupillaris von allen Abscendenten, mithin auch von den mütterlichen vorgenommen werden, wenn nur die wahnsinnigen Descendenten in dem Verhältniß der Notherben zu ihnen stehen und sie diese nicht enterben, sondern wenigstens auf den Pflichttheil einsetzen. Auch kommt hier nichts auf die Nähe oder Entfernung des Grades an.

2) Da nun aber sowohl väterliche, als mütterliche Abscendenten das Recht zu dieser Substitution haben, so kann es vorkommen, daß mehrere substituti von verschiedenen Abscendenten ernannt werden und dann bekommt zunächst jeder Substitut Dasjenige für sich allein, was der Abscendent dem Wahnsinnigen hinterlassen hat, das eigene Vermögen des Wahnsinnigen aber theilen die substituti unter sich, welche in dieser Beziehung als Miterben zu betrachten sind.

3) Diese Substitution gilt auch dann, wenn die Abscendenten über ihr eigenes Vermögen kein Testament errichtet haben, so daß ihnen die wahnsinnigen Descendenten ab intestato succediren, in welchem Falle die Abscendenten demungeachtet über das Vermögen der Letztern verfügen können.

4) Wenn der wahnsinnige Descendent selbst **geistesgesunde** Descendenten hat, so muß der Adscendent diese zunächst und allein substituiren und in deren Ermangelung die **Geschwister** des Wahnsinnigen. Fehlen aber auch diese, so hat er vollkommen freye Wahl.

5) Die substitutio quasipupillaris erlischt in folgenden Fällen:

a. durch Herstellung des Wahnsinnigen: L. 9. *cit.*

b. wenn demselben ein Descendent nachgeboren wird: arg. L. 3. §. 2. in fin. D. *de His quae pro non script. hab.* u. L. 43. pr. D. *de Vulg. et pup. subst.* und

c. wenn der Wahnsinnige vor dem Testator oder der substitutus vor dem Wahnsinnigen mit Tode abgeht.

Sechster Artikel.

Von der Ungültigkeit der Testamente, oder von den testamentis vitiosis.

§. 566.

1. Begriff und Uebersicht der testamenta vitiosa.

Testamentum vitiosum: testamentum, quod effectu suo legitimo caret, quoniam legibus aut plane non, aut non omni ex parte respondet.

Die testamenta vitiosa lassen sich auf zwey **Hauptclassen** zurückbringen, indem sie entweder solche sind, welche gleich anfangs ungültig waren, und hierher gehören das testamentum *nullum* und *iniustum*, oder solche, welche zwar anfangs gegolten haben, aber durch einen später hinzutretenden Umstand ungültig geworden sind und im Allgemeinen testamenta *rescissa* genannt werden. Zu diesen sind zu rechnen: testamentum *irritum*, *ruptum*, *destitutum* und *inofficiosum*.

§. 567.

2. Einzelne Arten:

a. Testamente, welche gleich anfangs ungültig sind.

α. Testamentum nullum: quod propter defectum sollemnitatis internae statim ab initio non valuit: L. 1. D. *de Iniusto, rupto test.* Dieser Begriff entsteht, wenn eine der **vier inneren** Feyerlichkeiten fehlt, welche oben (§. 527.) erwähnt worden sind.

Ein solches Testament kann in der Regel späterhin nicht gültig werden, wenn auch nachmals der Grund der Ungültigkeit wieder weggefallen ist: L. 201. u. L. 210. D. *de R. I.* Vgl. auch §. 1. Inst. *Quib. non est perm. fac. test.*, doch giebt es hiervon eine Ausnahme, wenn ein Notherbe, welcher im Testamente übergangen worden war, noch vor dem Testator gestorben ist oder nach dem Tode des Testator erklärt hat, daß er die Erbschaft nicht antreten wolle. In diesem Falle bleibt das Testament durch die bonorum possessio secundum tabulas bey Kräften: L. 12. pr. u. L. 17. D. *de Iniusto*, *rupto test.*

β. Testamentum iniustum: quod propter defectum sollemnitatis externae statim ab initio non valuit: L. 1. D. *de Iniusto, rupto test.* Ein solches Testament ist also dann vorhanden, wenn eine von den der Testaments-Errichtung vorgeschriebenen, äußeren Feyerlichkeiten vernachlässigt worden ist. (§. 533 — 537.)

§. 568.

b. Testamente, welche erst später ungültig werden.

α. Testamentum irritum: quod ab initio quidem valuit, sed ex post facto corruit, quoniam testator capitis deminutionem passus est: L. 6. §. 5. D. *de Iniusto*, *rupto test.* Hierher gehört z. B. der Fall, daß der Testator, nachdem er sein Testament errichtet hatte, sich arrogiren ließ. Ein solches Testament bleibt, gleich dem nullum, nach dem Civilrechte ungültig, wenn auch der Testator späterhin die Rechte eines selbstständigen Staatsbürgers wieder erlangt (semel irritum, semper irritum), allein der Prätor hat auch in diesem Falle das Testament durch bonorum possessio secundum tabulas aufrecht erhalten: §. 4—7. Inst. *Quib. mod. testam. infirm.*

β. Testamentum ruptum: quod ab initio quidem valuit, sed ex post facto per mutatam testatoris voluntatem corruit: §. 1. u. 2. Inst. *eod.*

Die mutatio voluntatis, durch welche hier das Testament umgestoßen wird, kann entweder vera oder praesumta und jene entweder expressa oder tacita seyn.

1) *Vera* mutatio voluntatis:

a. expressa. Diese kann auf eine doppelte Weise geschehen und zwar entweder so, daß der Testator ein neues Testament errichtet, welches von allen Seiten gültig ist, und in diesem ausspricht,

daß er sein früheres Testament zurücknehme, oder so, daß der Testator seinen Widerruf entweder vor drey Zeugen oder vor Gericht erklärt und nach dieser Erklärung ein Zeitraum von 10 Jahren abgelaufen ist: L. 27. C. *de Testam.*

b. tacita. Diese kommt in folgenden zwey Fällen vor:

α. wenn der Testator ein späteres, gültiges Testament errichtet hat, ohne des früheren Erwähnung zu thun: L. 27. *cit.* — Hat er jedoch die entgegengesetzte Erklärung gegeben und befohlen, daß das frühere Testament neben dem spätern als gültig bestehen solle, so wird der im früheren Testamente eingesetzte Erbe als heres fideicommissarius, der im letztern ernannte als heres fiduciarius betrachtet und dieser Letztere kann die quarta Trebellianica abziehen: §. 3. Inst. *Quib. mod. testam. infirm.*

β. wenn der Testator das errichtete Testament vorsätzlich wieder vernichtet: L. 30. C. *de Testam.* — Hatte aber der Testator zwey Testamente gemacht und das spätere vernichtet, so lebt das frühere wieder auf: L. 11. §. 2. D. *de Bon. poss. sec. tab.*

2) *Praesumta.* Diese tritt jederzeit dann ein, wenn der Testator, welcher bereits testirt hatte, noch einen Notherben erhält, den er zur Zeit der Testaments-Errichtung nicht gehabt hatte, es geschehe dieß nun durch Legitimation, Adoption, agnatio postumi oder dadurch, daß Jemand, welcher bisher bloß mittelbar unter der väterlichen Gewalt des Testator gestanden hatte (z. B. der Enkel, dessen Vater filiusfamilias des Testator gewesen war), nunmehr unmittelbar (z. B. nach dem Tode seines Vaters) derselben unterworfen wird: §. 1. Inst. *Quib. mod. testam. infirm.* u. L. 3. §. 3. D. *de Iniusto, rupto test.*

γ. Testamentum destitutum: cuius heres deficit: L. 181. D. *de R. I.* Dieses ist ein solches Testament, aus welchem der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht antreten kann oder nicht antreten will. Hier ist aber die besondere Verordnung des R. R. zu erwähnen, daß, wenn der eingesetzte Erbe auch zugleich der nächste Intestat-Erbe ist, es ihm nicht frey steht, die Erbschaft als eingesetzter Erbe auszuschlagen und als Intestaterbe anzutreten, weil hierdurch den Vermächtnißnehmern ihr Recht entzogen werden würde: L. 6. pr. §. 1. u. 3. D. *Si quis omiss. caus. testam.*

δ. Testamentum inofficiosum: quod propter laesum pietatis officium rescinditur: L. 2. u. 3. D. *de Inoff. testam.* (§. 559. u. 560.)

§. 569.

3. Clausula codicillaris.

Die allgemeine Wirkung der Ungültigkeit eines Testamentes ist die, daß das ganze Testament nach seinem Gesammtinhalte umfällt und die Intestat-Succession eintritt, bey welcher der Inhalt eines testamentum nicht zu berücksichtigen ist: L. 1. C. *de Codicill.* in Verb. mit L. 178. D. *de R. I.* Doch kann der Testator zuweilen ein testamentum vitiosum durch seine Erklärung insoweit aufrecht erhalten, daß die sämmtlichen darin enthaltenen, minder feyerlichen letzten Willen (Codicille) bey Kräften bleiben und von den Intestaterben ausgeführt werden müssen. Dieß findet nämlich in gewissen Fällen dann Statt, wenn der Testator seinem Testamente die *clausula codicillaris* beygefügt hat: clausula, qua testator constituit, vt testamentum, si tamquam *tale* non valeat, certe *codicillus* habeatur: L. 29. §. 1. D. *Qui testam. fac. poss.* Diese Clausel wird aber niemals präsumirt, sondern nur dann als existirend betrachtet, wenn sie der Testator ausdrücklich hinzugefügt hat: L. 1. D. *de Iure codicill.*

Nicht immer bringt jedoch die clausula codicillaris die vom Testator beabsichtigte Wirkung hervor und es ist daher zwischen den einzelnen Gattungen der testamenta vitiosa zu unterscheiden:

1) das testamentum *nullum* wird durch diese Clausel in allen Fällen als Codicill aufrecht erhalten, den einzigen ausgenommen, daß der Testator selbst keine testamenti factio hatte, denn dann ist er auch nicht berechtigt gewesen, einen codicillus zu errichten: L. 6. §. 3. D. *de Iure codicill.*,

2) das testamentum *iniustum* kann durch diese Clausel nur dann unterstützt werden, wenn es unter den Feyerlichkeiten eines codicillus, also vor wenigstens fünf Zeugen und mit Beobachtung der vnitas contextus errichtet worden ist: L. vlt. §. 3. C. *de Codicill.*,

3) beym testamentum *irritum* kann die clausula codicillaris niemals von Wirkung seyn, denn dieses Testament fällt eben deshalb um, weil der Testator die testamenti factio verloren hat: L. 6. §. 5. D. *de Iniusto, rupto test.*,

4) beym testamentum *ruptum* ist zu unterscheiden, ob die Willensänderung des Testator eine wirkliche, oder präsumtive

war (§. 568.) Im erstern Falle kann die clausula codicillaris keine Wirkung haben, weil sie, als Bestandtheil des zurückgenommenen Testamentes, mit diesem zugleich ihre Kraft verliert: L. 178. D. *de R. I.* in Verb. mit §. 1—3. Inst. *Quib. mod. testam. infirm.* u. L. 30. C. *de Testam.* — Wenn aber die Willensänderung eine präsumtive war, so ist zuvörderst der Fall in's Auge zu fassen, daß sie durch eine agnatio postumi bewirkt wurde. Hier fragt es sich nämlich, ob der Testator zur Zeit der Testaments-Errichtung gewußt habe, daß seine Ehefrau schwanger sey, und dann bleibt die clausula codicillaris allerdings bey Kräften, weil man annimmt, es sey des Testators Wille gewesen, daß der postumus die in dem Testamente enthaltenen Vermächtnisse auszahlen solle, oder ob der erwähnte Umstand dem Testator zu jener Zeit unbekannt gewesen sey und dann ist die Clausel ohne Wirkung, weil man schließen muß, daß der Testator keine Legate ausgesetzt und überhaupt anders disponirt haben würde, wenn er gewußt hätte, daß ihm ein postumus nachgeboren werden würde: arg. §. 6. Inst. *de Exhered. lib.* u. L. 36. §. 2. D. *de Testam. milit.* — In allen übrigen Fällen der präsumtiven Willensänderung wird die clausula codicillaris ihre Wirkung behalten: L. 8. D. *eod.*,

5) beym testamentum *destitutum* ist die Clausel stets von Nutzen, denn der Intestaterbe, welcher an die Stelle des eingesetzten tritt, hat die Pflicht auf sich, die sämmtlichen vom Testator ausgesetzten Vermächtnisse zu bezahlen: arg. L. 6. pr. D. *Si quis omissa caus. test.* Endlich ist aber die clausula codicillaris

6) beym testamentum *inofficiosum* als überflüssig zu betrachten. Zur Aufrechthaltung dieses Testamentes, als eines Codicilles, bedarf es dieser Clausel deshalb nicht, weil die Wirkung der querela inofficiosi ohnehin bloß darin besteht, daß die Erbeinsetzung umgestoßen wird, die übrigen capita testamenti aber schon von selbst bey Kräften bleiben: Nou. 115. c. 3. §. vlt. sub fin. u. c. 4. §. vlt.

Dritte Abtheilung.

Von der Intestat-Erbfolge.

Erster Artikel.

Einleitung.

§. 570.

1. Vom Erbfolgerechte.

Die Intestat-Succession kann nur dann eintreten, wenn kein gültiges Testament des Erblassers vorhanden ist: L. 39. D. *de Adquir. vel om. hered.*

In Hinsicht auf das Recht, ab intestato zu succediren, wird die Intestat-Erbfolge in successionem *ordinariam* und *extraordinariam* eingetheilt, jenachdem sie auf dem iure sanguinis, d. h. auf der Verwandtschaft mit dem Testator, oder auf einem andern Grunde beruht. Die erstere macht die Regel aus und unter Verwandten sind bey dieser Succession nur consanguinei, niemals adfines zu verstehen: L. 7. C. *Comm. de succ.* Die letztere tritt nur ausnahmweise und zwar dann ein, wenn der Testator gar keine Verwandten hinterlassen hat und gewisse Personen vorhanden sind, welche bey Erwerbung der erblosen Güter, kraft eines Privilegiums, dem Fiscus vorgezogen werden. Von dieser successio, welche *subsidiaria* heißt, wird unten noch besonders gehandelt werden.

Das Hauptgesetz über die successio ab intestato ist Nov. 118., welche in Hinsicht auf das Erbfolgerecht gegen das ältere R. R. die wichtige Abänderung eingeführt hat, daß der Unterschied zwischen agnatis und cognatis gänzlich wegfällt: Nov. *cit.* c. 3. in fin. u. c. 4. in fin. Doch bleibt das ältere Recht insofern gültig, als die Verwandtschaft mit dem Testator in Hinsicht auf die väterliche Linie eine eheliche seyn: §. 3. Inst. *de SC. Orphit.* u. L. 5. C. *eod.*, und Der, welcher ab intestato succediren will, die testamenti factio *passiua* haben muß: L. 12. §. 1. D. *de Bon. poss.*

Nun sind zwar zur *ordinaria* successio alle Verwandte des Testator ohne Unterschied berechtigt (ius succedendi in abstracto), allein die Ausübung dieses Rechtes (ius succedendi in

concreto), also die wirkliche Succession im vorkommenden Falle hängt in der Regel von der Nähe des Grades ab, welche nach der Römischen, nicht nach der canonischen Computation zu beurtheilen ist. (§. 211.) Man muß also in der Lehre von der Intestat-Succession im Allgemeinen dem Grundsatze folgen, daß die entfernteren Intestat-Erben durch die näheren ausgeschlossen werden: Nou. 118. c. 2. c. 3. in fin. u. c. 4. in fin. und eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn das ius repraesentationis Platz ergreift, kraft dessen in gewissen Fällen die entfernteren Intestaterben an die Stelle der näheren, verstorbenen treten können: Nou. *cit.* c. 1.

§. 571.

2. Von der Erbfolgeordnung im Allgemeinen.

Die mehrerwähnte 118te Novelle hat nun c. 1—3. die Ordnung der Intestat-Erben in folgenden vier Classen aufgestellt:

1. die sämmtlichen Descendenten des Testator ohne Unterschied der Gradesnähe, dergestalt, daß die entferntesten Descendenten zugleich mit den nächsten succediren. Aber freylich wird hier vorausgesetzt, daß der Adscendent der entfernteren (z. B. der Sohn des Testator in Hinsicht auf seinen Sohn) nicht mehr am Leben ist, denn dieser würde seine Descendenten gänzlich ausschließen;

2. die Adscendenten des Testator, so wie die vollbürtigen Geschwister desselben (germani s. bilaterales) und die Kinder der verstorbenen, vollbürtigen Geschwister;

3. die halbbürtigen Geschwister des Testator (vnilaterales, nämlich consanguinei, welche denselben Vater, aber verschiedene Mütter, und vterini, welche dieselbe Mutter, aber verschiedene Väter haben) und die Kinder der verstorbenen, halbbürtigen Geschwister und

4. alle übrige Seitenverwandte des Testator nach der Nähe des Grades.

Jede dieser Classen schließt die nachfolgende dergestalt aus, daß, wenn in einer vorhergehenden nur noch eine einzige Person übrig ist, diese die ganze Erbschaft bekommt und die nachfolgenden durchaus keinen Anspruch auf die letztere haben.

Zweyter Artikel.

Von der Erbfolge-Ordnung in's Besondere.

I. Classe der Descendenten.

§. 572.

1. Concurrenzfälle.

In dieser ersten Classe können drey verschiedene Fälle vorkommen:

1. die sämmtlichen Descendenten sind mit dem Testator im ersten Grade verwandt, sie sind also sämmtlich seine Söhne oder Töchter. Hier wird in capita (nach Köpfen) succedirt, d. h. die Erbschaft zerfällt in so viele Theile, als Descendenten vorhanden sind.

2. die Descendenten sind theils im ersten Grade, theils in entfernteren Graden mit dem Testator verwandt. Hier succediren die Descendenten des ersten Grades in capita, die der entfernteren Grade iure repraesentationis *in stirpes* (nach Stämmen), d. h. die Enkel und Urenkel bekommen denjenigen Erbtheil, den ihr verstorbener, unmittelbarer Adscendent empfangen haben würde, wenn er den Testator überlebt hätte;

3. die sämmtlichen Descendenten sind nur in entfernteren Graden mit dem Testator verwandt. Hier succediren sie jederzeit nur in stirpes und zwar ebenfalls iure repraesentationis.

§. 573.

2. Welche Descendenten können succediren?

Bey der Beantwortung dieser Frage ist folgendermaaßen zu unterscheiden:

1) wenn die Descendenten aus einer gültigen Ehe erzeugt sind, so können sie ihren Adscendenten ohne Unterschied des Geschlechts, der Linie (väterlicher oder mütterlicher) und der Gradesnähe (§. 571.) succediren: Nov. 118. c. 1. pr.

2) Uneheliche Descendenten können stets nur ihrer Mutter und ihren mütterlichen Adscendenten succediren, niemals aber ihrem unehelichen Vater oder dessen Adscendenten und selbst rücksichtlich der Mutter und der mütterlichen Adscendenten machen die liberi *incestuosi* eine Ausnahme, welche von der Erbschaft der

erwähnten Personen stets ausgeschlossen bleiben: L. 6. C. *de Incest. nupt.* u. Nou. 74. c. 6.

3) Legitimirte Descendenten werden den ehelichen völlig gleich geachtet, sie mögen nun per subsequens matrimonium: Nou. 89. c. 8. pr. oder per rescriptum principis legitimirt seyn: Nou. *cit.* c. 9. Doch darf dieß nicht auf die legitimatio per rescriptum principis *minus plena* des deutschen Rechts erstreckt werden, durch welche die Legitimirten mit ihren Vätern in gar kein rechtliches Verhältniß kommen. (§. 310.)

4) Adoptirte Descendenten jeder Art können ab intestato, dafern nur das Adoptions-Verhältniß bis zum Tode des Adoptirenden gedauert hat: §. 11. Inst. *de Heredit. quae ab intest. def.*, ihrem Adoptivvater oder, wenn sie an Enkels Statt angenommen worden waren, ihrem Adoptivgroßvater succediren: L. 23. D. *de Adopt.* u. L. 10. C. *eod.*, haben aber auch noch außerdem das Successionsrecht in den Nachlaß ihrer leiblichen Adscendenten: L. 10. *cit.*, weil durch die Adoption das natürliche Band der Verwandtschaft zwischen den Adoptirten und deren leiblichen Adscendenten nicht aufgelöst werden konnte, dieses Band aber nach Justinianeischem Rechte die Intestat-Succession begründet: Nou. 118. praef. Das ist aber wohl zu merken, daß sich die Succession der adoptirten Descendenten als solcher stets nur auf die Person des adoptirenden Adscendenten beschränkt, niemals also auf dessen Verwandte erstreckt werden kann: L. 10. §. 1. in fin. C. *de Adopt.* (§. 314. u. §. 316.)

5) Descendenten, welche aus einem matrimonium *putatiuum* erzeugt sind, haben alle Rechte der ehelich geborenen, mithin auch die successio ab intestato: c. 14. X. *Qui filii sint legit.* (§ 256.)

§. 574.

3. Praecipuum iuris Romani.

Wenn ein Adscendent stirbt, welcher zur zweyten Ehe übergegangen war, aber aus beyden Ehen Kinder hinterläßt, so beerben diese zwar allerdings ihren Adscendenten gemeinschaftlich, aber die Kinder der ersten Ehe genießen vor denen der zweyten ein Vorzugsrecht (praecipuum), welches darin besteht, daß sie sich aus der Erbschaft des gemeinschaftlichen Adscendenten diejenigen Güter im Voraus hinwegnehmen, welche der Testator seiner ersten Ehe verdankt und welche lucra nuptialia genannt werden: L. 3. u.

5. C. *de Sec. nupt.* — Nou. 22. c. 30. u. c. 46. §. 1. (§. 303.) Dieses praecipuum kann aber, genau betrachtet, nicht als Succession, sondern nur als Consolidation behandelt werden, denn der Testator verlor schon in dem Augenblicke, in welchem er zur zweyten Ehe übergieng, die Proprietät der lucra nuptialia an die Kinder der ersten Ehe und behielt nur den vsusfructus legalis an denselben. Nach seinem Tode hört auch dieser vsusfructus auf und consolidirt sich wieder mit der Proprietät, welche den Kindern erster Ehe zusteht. Diese succediren also nicht in die lucra nuptialia, weil sie dieselben schon haben, sondern empfangen dieselben nur in ihr unbeschränktes Eigenthum zurück.

Nach heutigem Rechte kann das praecipuum iuris Romani darum nicht vorkommen, weil jenes kein odium secundarum nuptiarum kennt. (§. 304.)

II. Zweyte Classe der Intestat-Erben.

§. 575.

1. Concurrenzfälle.

In dieser zweyten Classe der Intestat-Erben sind sieben verschiedene Fälle denkbar:

1. wenn alle drey Gattungen von Personen, die in diese Classe gehören, mit einander concurriren, so succediren die Adscendenten und vollbürtigen Geschwister in capita, die Kinder der vorverstorbenen, vollbürtigen Geschwister aber in stirpes;

2. wenn die vollbürtigen Geschwister allein vorhanden sind, so succediren sie in capita;

3. wenn die Kinder der vorverstorbenen, vollbürtigen Geschwister allein da sind, so succediren sie ebenfalls in capita;

4. wenn die Adscendenten allein sind, so succediren sie in lineas s. in genera, d. h. die Erbschaft wird nur in zwey Hälften getheilt, deren eine an die väterliche, die andere an die mütterliche Linie (an die väterlichen und mütterlichen Adscendenten des Testator) fällt. Soll jedoch diese successio in lineas Statt finden, so wird vorausgesetzt:

a. daß auf beyden Linien Adscendenten stehen, denn außerdem würde die successio in capita eintreten,

b. daß die Zahl der auf beyden Linien befindlichen Adscendenten ungleich sey, denn wenn sie gleich ist, kann zwischen

der successio *in lineas* und der successio *in capita* kein Unterschied seyn und

c. daß die sämmtlichen Abscendenten auf gleichem Grade stehen, weil der nähere Abscendent die entfernteren jederzeit ausschließt;

5) wenn die Abscendenten bloß mit vollbürtigen Geschwistern concurriren, so succediren sie sämmtlich in capita;

6) wenn die Abscendenten mit Kindern vorverstorbener, vollbürtiger Geschwister concurriren, so succediren jene in capita, diese *in stirpes* und

7) wenn vollbürtige Geschwister mit Kindern vorverstorbener, vollbürtiger Geschwister concurriren, so succediren jene in capita, diese in stirpes.

§. 576.

2. Welche Abscendenten können succediren?

Zu Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden, wie folgt:

1) Eheliche Abscendenten und solche, welche bona fide in einem matrimonium putatiuum gelebt haben, succediren ihren Descendenten in jedem Falle: Nou. 118. c. 2.

2) Dasselbe Recht steht den Abscendenten der legitimirten Kinder zu: Nou. 89. c. 8. u. 9., jedoch mit Ausnahme der legitimatio *germanica*. (§. 310.)

3) Adoptiv-Väter können ihren adoptirten Descendenten nur dann succediren, wenn die Adoption entweder eine arrogatio, oder eine adoptio in specie *plena* war, müssen jedoch in diesem Falle die Erbschaft mit den leiblichen Abscendenten des Adoptirten theilen: L. 10. C. *de Adopt.* Wenn aber die adoptio in specie eine *minus plena* war, so können die Adoptiv-Väter niemals succediren: ibid. Denn die adoptio minus plena begründet nur auf Seiten des Adoptiv-Sohnes ein Successionsrecht, nicht aber ein gegenseitiges. (§. 316.)

4) Uneheliche Abscendenten erben bloß, wenn sie mütterliche sind. (§. 373.)

§. 577.

3. Welche Geschwister können succediren?

Da in dieser Classe nur vollbürtige Geschwister stehen, so kann in derselben nur von solchen ehelichen oder legitimirten Geschwistern die Rede seyn, welche denselben Vater und dieselbe Mutter haben, die legitimatio möge nun per subsequens matrimonium oder per rescriptum principis geschehen seyn. Alle übrige Geschwister gehören in die dritte Classe, weil sie nur halbbürtige sind, also verschiedene Väter oder verschiedene Mütter haben. So sind namentlich die unehelich gebliebenen Geschwister im Verhältniß zu ihren legitimirten Geschwistern nur als vterini und die zugleich legitimirten, welche verschiedene Mütter haben, bloß als consanguinei zu betrachten.

III. Dritte Classe der Intestat-Erben.

§. 578.

1. Concurrenzfälle.

In der dritten Classe der Intestat-Succession können drey verschiedene Fälle vorkommen:

1. wenn halbbürtige Geschwister mit den Kindern vorverstorbener halbbürtiger Geschwister concurriren, so succediren jene in capita, diese in stirpes;

2. wenn halbbürtige Geschwister allein vorhanden sind, so succediren sie sämmtlich in capita und

3. wenn bloß Kinder vorverstorbener halbbürtiger Geschwister da sind, so succediren sie sämmtlich in capita.

§. 579.

2. Paterna paternis, materna maternis.

Da in dieser Classe nur von halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern die Rede seyn kann, so ist es möglich, daß hier beyde Arten halbbürtiger Geschwister, nämlich consanguinei und vterini mit einander concurriren und dann tritt die Rechtsregel ein: paterna (bona) paternis (fratribus vel sororibus), materna (bona) maternis (fratribus vel sororibus deferuntur.) Der consanguineus erhält nämlich aus der Erbschaft seines verstorbenen Bruders in Vorzug vor dem vterinus Dasjenige, was auf den Letztern

von dem gemeinschaftlichen, vorverstorbenen Vater gefallen ist, der vterinus aber erhält in Vorzug vor dem consanguineus Das, was auf den Testator von der gemeinschaftlichen, vorverstorbenen Mutter gefallen ist. Das übrige Vermögen aber, nämlich dasjenige, welches der Testator anderswoher erworben hatte, wird zwischen den consanguineis und vterinis gleichmäßig getheilt: L. 13. §. 2. C. *de Legit. hered.* u. Nou. 84. c. 1. §. 2. u. c. 2. — Diese Regel darf aber nicht mit dem oben (§. 574.) erklärten praecipuum verwechselt werden, denn bey letzterem ist der Testator stets ein Abscendent, bey jener aber ein halbbürtiger Bruder.

§. 580.

IV. Vierte Classe der Intestat-Erben.

Ueber diese letzte Classe sind folgende Grundsätze zu merken:

1) es sind darin nur Seitenverwandte begriffen und zwar alle diejenigen, welche nicht bereits in der zweyten und dritten Classe angeführt worden sind;

2) in dieser Classe gilt kein ius repraesentationis und darum werden die entfernteren durch die näheren stets ausgeschlossen: Nou. 118. c. 3.;

3) wenn mehrere solcher Seitenverwandten auf gleichem Grade stehen, so succediren sie in capita, also zu gleichen Theilen;

4) der Unterschied zwischen der vollen und halben Geburt fällt in dieser Classe gänzlich weg, so daß also z. B. halbbürtige Geschwisterkinder zugleich mit vollbürtigen Geschwisterkindern succediren können;

5) legitimirte Seitenverwandte können nur dann zur Succession gelangen, wenn sie per subsequens matrimonium legitimirt worden sind, oder, dafern dieß per rescriptum principis geschehen ist, wenn Die, welchen sie succediren wollen, ausdrücklich in ihre Legitimation eingewilligt haben (§. 309.) und

6) durch Adoption wird dem Adoptirten das Recht, seine leiblichen Seitenverwandten zu beerben, keinesweges entzogen: L. 1. §. 4. D. *Vnde cogn.* u. §. 3. Inst. *de Success. cogn.*

Dritter Artikel.

Von der successio ab intestato extraordinaria.

§. 581.

1. Successio fisci.

Wenn ein Verstorbener gar keine Verwandten hinterlassen hat, also Niemand vorhanden ist, der ex iure sanguinis succediren könnte, so wird die Erbschaft hereditas vacans (bona vacantia) genannt und diese fällt in der Regel dem Fiscus zu: L. 2. D. *de Success. edict.* Hier ist aber zu merken, daß, obwohl der Fiscus nicht als Erbe betrachtet werden kann, er dennoch zur Auszahlung der sämmtlichen Schulden des Testator, so wie der von demselben errichteten Vermächtnisse gehalten ist: L. 14. D. *de Iure fisci.* — L. 96. §. 1. D. *de Legat. I.* — L. 6. §. 3. D. *Ad SC. Trebell.* Was dann noch übrig ist, nimmt der Fiscus, kraft seines Privilegiums, als herrenlose Güter (res nullius) in Anspruch, haftet aber niemals vltra vires hereditatis: L. 4. u. 5. C. *de Bon. vac.* — Ganz eigenthümlich ist aber die Sanction, daß das Recht des Fiscus auf eine vacante Erbschaft schon nach Ablauf von vier Jahren erlischt. Wenn sich also irgend ein Anderer in den Besitz der hereditas vacans gesetzt und dieselbe vier Jahre lang ungestört besessen hat, so wird er der Eigenthümer der in der Erbschaft enthaltenen körperlichen Sachen: L. 10 pr. D. *de Diuers. temporal. praescr.* Diese vier Jahre sind von dem Augenblicke an zu rechnen, in welchem es gewiß geworden ist, daß sich keine Erbe zu der Erbschaft findet: L. 10. *cit.* §. 1. — Hat der Verstorbene seine Güter in verschiedenen Ländern gehabt, so fallen dieselben dem Fiscus desjenigen Landes zu, in welchem sie sich befinden, weil der Fiscus nicht als Erbe, sondern als occupator herrenloser Güter betrachtet werden muß: L. 5. C. *de Bon. vac.*

§. 582.

2. Personen, welche dem Fiscus vorgezogen werden.

Von der jetzt erklärten Regel, daß vacante Erbschaften dem Fiscus zufallen, giebt es mehrere Ausnahmen, in welchen gewisse, von den Gesetzen ausgezeichnete Personen dem Fiscus vorgezogen werden:

1) der überlebende Ehegatte: ex edicto *vnde vir et vxor*. Dieß ist die successio coniugum *subsidiaria*: §. 4. Inst. *de Bonor. poss.*,

2) Diejenigen, welche einen Wahnsinnigen gepflegt haben, welcher von seinen Intestat-Erben vernachlässigt worden ist: Nou. 115. c. 3. §. 12.,

3) die Corporationen, Innungen und Zünfte, deren Mitglied der Verstorbene gewesen ist: L. 1. u. L. 3—5. C. *de Heredit. decur.*,

4) das Regiment, welchem der verstorbene Soldat angehörte: L. 2. C. *eod.*,

5) die Kirche, bey welcher der verstorbene Geistliche angestellt war: Nou. 131. c. 13. in fin.,

6) die socii liberalitatis imperialis: L. vn. C. *Si liberal. imp.* Doch findet hier bloß eine successio *singularis* Statt, welche darin besteht, daß, wenn zwey oder mehr Personen vom Landesherrn eine bestimmte Sache geschenkt bekommen haben und eine der beschenkten mit Tode abgeht, ohne irgend einen Erben zu hinterlassen, die andere oder die übrigen den durch den Tod des Miteigenthümers erledigten Antheil erwerben,

7) die Kirche, zu welcher der Verstorbene gehörte, wenn dieser bloß solche Erben hinterläßt, welche ihn entweder nicht aus der Gefangenschaft haben loskaufen wollen, oder Ketzer geworden sind: Nou. 115. c. 3. §. 13. u. 14. Endlich pflegen heut zu Tage auch

8) diejenigen Wohlthätigkeits-Anstalten dem Fiscus vorgezogen zu werden, deren Hülfe und Unterstützung der Verstorbene bis zu seinem Tode genossen hat, namentlich die Irrenhäuser und Hospitäler.

Vierte Abtheilung.

Von der Erwerbung der Erbschaft.

Erster Artikel.

Von der Erwerbung der Erbschaft im Allgemeinen.

§. 583.

1. Begriff und rechtliche Natur der Erwerbung.

Nur Der kann eine Erbschaft erwerben, welchem dieselbe deferirt (angefallen) ist. Es ist daher zwischen *delatio* und *ad-*

quisitio hereditatis zu unterscheiden. Die adquisitio hereditatis kann aber auf eine doppelte Weise geschehen:

1) ipso iure. Diese Art der Erwerbung kommt jedoch nur einem suus heres zu Statten, welcher zur adquisitio keiner positiven Handlung bedarf, sondern welcher durch den Ausspruch des Gesetzes selbst Erbe wird, dergestalt, daß er die Erbschaft in dem Augenblicke erwirbt, in welchem die caussa delationis *proxima* vorhanden ist, nämlich in welchem der Testator mit Tode abgeht, der suus heres möge nun ein testamentarischer, oder ein Intestat-Erbe seyn: L. 14. D. *de Suis et legit. hered.* — L. 11. D. *de Lib. et postum.* — §. 3. Inst. *de Heredit. quae ab intest. def.* Einer positiven Handlung bedarf es daher von Seiten des suus heres nur dann, wenn er sich von der Erbschaft lossagen will, in welchem Falle er die hierzu erforderliche Erklärung abzugeben hat, welche jedoch nach älterem R. R. seit Einführung des beneficium abstinendi nicht einmal nöthig war: L. 11. 12. u. 57. D. *de Adquir. vel om. hered.* — *Suus heres* ist aber: is, qui, vsque ad mortem testatoris in eius patria potestate constitutus, per eius mortem sui iuris fit: §. 2. Inst. *de Hered. qual.*

2) durch eine Erklärung von Seiten Desjenigen, welchem die Erbschaft deferirt worden ist. Diese Erklärung ist, den suus heres ausgenommen, von Seiten aller Erben erforderlich: L. 5. C. *de Iure delib.* und kann entweder eine ausdrückliche oder stillschweigende seyn. Im erstern Falle wird sie aditio hereditatis, im letztern aber gestio pro herede genannt: §. 7. Inst. *de Hered. qual.* Diese zeigt sich in Handlungen, welche Jemand nur als Erbe vornehmen kann, wohin z. B. der Verkauf von Erbschaftsgütern, das Einklagen außenstehender Schulden, das Auszahlen von Vermächtnissen rc. zu rechnen ist: ibid.

§. 584.

2. Erfordernisse der Erwerbung.

Die adquisitio hereditatis muß folgenden Erfordernissen entsprechen:

1) wer eine ihm deferirte Erbschaft erwerben will, muß zu denjenigen Personen gehören, welche sich rechtlich verbindlich machen können, denn die aditio hereditatis ist ein quasicontractus, den der Erbe mit allen denjenigen Personen eingeht, welche irgend

etwas aus der Erbschaft zu fordern haben: §. 5. Inst. *de Obligat. quae quasi ex contr.* Darum können

a. filiifamilias nur mit Einwilligung ihres Vaters die Erbschaft antreten: L. 6. D. *de Adquir. vel om. her.*

b. dasselbe gilt von den pupillis, welche die aditio nur tutore auctore vornehmen dürfen: L. 9. §. 3. D. *de Auct. tut.*, so wie auch von den

c. Wahnsinnigen und Verschwendern, welche, wie sich von selbst versteht, nur durch ihren curator die Erbschaft gültig erwerben können: L. 7. §. 3. C. *de Curat. furios. vel prod.* — Sind aber die Pupillen, Wahnsinnigen oder Verschwender sui heredes, so bedarf es des Antrittes gar nicht, wohl aber einer ausdrücklichen Erklärung von Seiten ihrer Vormünder oder Curatoren, wenn die Erbschaft ausgeschlagen werden soll (§. 583.),

2) der Erbschafts-Antritt muß stets unbedingt geschehen: L. 51. §. 2. D. *de Adquir. vel. om her.* und darf

3) nicht bloß auf einen Theil Dessen gerichtet seyn, was dem Erben deferirt worden ist, vielmehr muß der Erbe Das, was ihm angefallen ist, entweder ganz antreten, oder ganz ausschlagen: L. 1. u. 2. D. *eod.* und wenn er nur theilweise antritt, so wird angenommen, er habe die ganze Erbschaft angetreten: L. 10. D. *eod.*

§. 585.

3. Ausschlagen der Erbschaft.

Nach altem R. R. hatten die sui heredes nicht nur ein Recht zur Erbschaft, sondern konnten auch zum Antritte derselben sowohl ex testamento, als ab intestato, gezwungen werden und hießen deshalb *necessarii* heredes: §. 2. sub fin. Inst. *de Hered. qual.*, zu welchen auch die Sclaven gehörten: §. 1. Inst. *eod.* Aber der Prätor führte zu Gunsten der sui heredes das sogenannte beneficium abstinendi ein: L. 11. 12. u. 57. D. *de Adquir. vel om. her.* kraft dessen sie, wenn sie nicht Erben werden wollen, nicht dazu gezwungen werden können, dafern sie nur nicht Handlungen vornehmen, welche auf einen Erbschafts-Antritt schließen lassen (nisi se *immiscuerint* hereditati): L. 57. *cit.*

In Hinsicht auf die heredes extraneos aber, also auf alle, welche nicht sui waren, konnte, wie sich von selbst versteht, ein solches Zwangsrecht niemals Statt finden, daher auch dieselben he-

redes *voluntarii* genannt werden: L. 15. u. 16. D. *eod.* Diese haben die völlig freye Wahl, ob sie die Erbschaft antreten, oder ausschlagen wollen: §. 5. u. 7. Inst. *de Hered. qual.* und für die letztere Handlung gebraucht man den Ausdruck: *repudiatio* s. *recusatio* hereditatis: L. 77. D. *de Adquir. vel om. her.* — L. 95. D. *eod.*

Aber sowohl das abstinere von Seiten eines *suus*, als das repudiare von Seiten eines *extraneus* heres kann nur unter denjenigen Umständen gültig erfolgen, unter welchen die Erbschaft erworben wird (§. 584.), so wie auch die repudiatio eine stillschweigende seyn kann, wie wenn der wahre Erbe eine andere Person als Erben anerkennt: L. 95. D. *cit.* — L. 77. *cit.*

§. 586.

4. Bona ereptitia.

Bona ereptitia s. *ereptoria*: bona, quae, licet heredi aut legatario delata sint, tamen ab eo propter delictum vel neglectam testatoris voluntatem adquiri non possunt: Tit. D. *de His, quae vt indign. aufer.*

Wenn ein Erbe oder Vermächtnißnehmer sich der ihm angefallenen Erbschaft oder des ihm bestimmten Legates dadurch unwürdig gemacht hat, daß er entweder ein von den Gesetzen bezeichnetes Verbrechen begieng, oder dem ausgesprochenen Willen des Testator entgegenhandelte, so fallen die deferirten Güter entweder an den Fiscus, oder an andere von den Gesetzen bezeichnete Personen und es ist hier folgendermaaßen zu unterscheiden:

1. die bona ereptitia fallen dem Fiscus zu:

a. wegen eines Verbrechens:

α. wenn der Erbe oder Legatar dem Testator nach dem Leben getrachtet hat: L. 3. D. *de His, quae vt indign. aufer.*

β. wenn der Erbe oder Legatar das Testament als inofficiosum angefochten, aber den Proceß verloren hat: L. 5. §. 1. u. 3. D. *eod.*

γ. wenn er den Testator von Errichtung, Abänderung oder Zurücknahme seines letzten Willens hat abhalten wollen: L. 19. *eod.*

δ. wenn er, als Vormund, seine Mündelin, von deren Nachlaß jetzt die Rede ist, vor abgelegter Vormundschafts-Rechnung geheyrathet hat: L. 2. §. 1. *eod.*

ε. wenn er mit dem testator oder der testatrix einen Incest oder Ehebruch begangen hat: L. 13. *eod.*

ζ. wenn er bey Lebzeiten des Testator einen Proceß über dessen status anhängig gemacht hat: L. 9. §. 2. *eod.*

η. wenn der Erbe (nicht der Legatar) den erfolgten Mord des Testator, obwohl er davon wußte, nicht gerichtlich angezeigt hat: L. 9. D. *de SC. Silan.*

b. wegen Nichtachtung des vom Testator ausgesprochenen Willens:

α. wenn der Erbe schon bey Lebzeiten des Testator über dessen künftigen Nachlaß Verträge geschlossen hat: L. 2. §. 3. D. *de His, quae vt indign. aufer.* und

β. wenn der Erbe das auszuzahlende Legat abgeläugnet oder unterschlagen hat, so bekommt nicht er, sondern der Fiscus die quarta Falcidia, dafern diese überhaupt abgezogen werden kann: L. 6. D. *eod.*, oder, wenn der Erbe bloß einen Theil des Legates abgeläugnet oder unterschlagen hat, so fällt dieser Theil an den Fiscus: ibid.

2. Die bona ereptitia fallen andern Personen, als dem Fiscus, zu

a. wenn der Erbe oder Legatar das Testament hat unterschlagen wollen: L. 25. C. *de Legat.*

b. wenn der Legatar die ihm vermachte Sache schon bey Lebzeiten des Testator hat entwenden wollen: L. 48. D. *Ad SC. Trebell.*

c. wenn der Erbe oder Legatar eine ihm von dem Testator übertragene Vormundschaft ausschlägt: L. 28. §. 1. D. *de Excusat. tutor.*

d. wenn der Erbe oder Legatar die ihm vom Testator aufgegebene Beerdigung unterläßt: L. 12. §. 4. D. *de Religios. et sumtib. fun.* und

e. wenn der Erbe oder Legatar sich weigert, die ihm vom Testator anvertraute Erziehung irgend einer Person zu übernehmen: L. 1. §. 3. D. *Vbi pup. educ.*

Die Personen aber, welchen in diesen Fällen die bona ereptitia zukommen, sind die, welche sie erhalten haben würden, wenn der Erbe oder der Legatar, dem sie entzogen werden, nicht vorhanden gewesen wäre, also nach Verschiedenheit der Fälle: a. bey

einem Erben: der Intestat-Erbe oder der Miterbe oder der Substitut, b. bey einem Legatar: Derjenige, welcher das Legat hätte auszahlen müssen.

Zweyter Artikel.

Von den Wirkungen der adquisitio hereditatis.

§. 587.

1. Im Allgemeinen.

Die Wirkung der adquisitio hereditatis ist im Allgemeinen die, daß der Erbe mit seinem Erblasser in vnitatem personarum kommt: Nou. 48. *praef. sub fin.* mithin nicht nur in alle Rechte des Testator eintritt, welche des Uebergangs fähig sind: L. 37. D. *de Adquir. vel om. hered.*, sondern auch dessen Verbindlichkeiten übernimmt: L. 8. D. *eod.* Hieraus geht von selbst hervor, daß er sich, vom Augenblicke der Erwerbung an, aller Rechtsmittel bedienen darf, welche der Testator hätte gebrauchen können, wovon jedoch die possessorischen ausgenommen sind, welche dem Erben nicht eher, als von geschehener Besitzergreifung an, zu Gebote stehen: L. 23. pr. D. *de Adquir. vel am. poss.*, daß er sich aber auch von der andern Seite auf alle Klagen einlassen muß, mit welchen der Testator hätte belangt werden können: L. 3. sub fin. D. *Famil. ercisc.* u. L. vlt. §. 4. C. *de Iure delib.*

Der Erbe tritt jedoch durch die adquisitio hereditatis nicht bloß in die Rechte und Pflichten des Testator ein, sondern knüpft dadurch auch für seine Person besondere Rechtsverhältnisse an und zwar

1) mit seinen etwanigen Miterben, denen er, wenn er sich selbst im Besitze und in der Verwaltung der Erbschaft befindet, zur Herausgabe ihrer Erbantheile und zur Rechnungs-Ablegung verbunden ist, im entgegengesetzten Falle aber von ihnen ein Gleiches verlangen kann: L. 1. D. *Famil. ercisc.* und

2) mit allen denjenigen Personen, welche, ohne Gläubiger des Erblassers gewesen zu seyn, irgend eine Forderung an die Erbschaft haben, wohin besonders die Vermächtnißnehmer gehören, mit welchen der Erbe durch die aditio hereditatis einen quasicontractus eingeht: §. 5. Inst. *de Oblig. quae quasi ex contr.*

Aus der oben erwähnten vnitas personarum zwischen Erben und Erblasser ergiebt sich aber auch, daß das bisherige Vermögen des Testator mit dem des Erben in ein's zusammen fließt, daß also die Wirkung der adquisitio hereditatis die confusio bonorum ist: L. 73. D. *de Euict.*, welche sich auf verschiedene Arten äußern kann:

1) die iura realia, wie z. B. Servituten oder Pfandrechte, welche der Erbe an gewissen Sachen des Testator, oder dieser an denen des erstern gehabt hatte, hören jetzt gänzlich auf, was man mit dem besondern Namen der consolidatio bezeichnet: L. 30. pr. D. *de Seruit. praed. vrb.*;

2) dasselbe findet in Hinsicht auf die iura personalia (Forderungen) Statt, so daß dieselben durch den Erbschafts-Antritt von selbst erlöschen, welches Verhältniß man confusio im engern Sinne nennt. Wenn also der Erbe bey Lebzeiten des Testator dessen Gläubiger oder Schuldner war, so kann er nach angetretener Erbschaft aus einer solchen Forderung weder klagen noch belangt werden: L. 75. D. *de Solut.*;

3) der Erbe muß sich nun auch die Anordnungen gefallen lassen und zur Ausführung bringen, welche der Testator hinsichtlich des dem Erben zustehenden Vermögens bey Lebzeiten getroffen hat: L. 3. D. *de Except. rei vend. et trad.* So muß z. B. der Erbe das Pfandrecht anerkennen, welches der Testator an einer dem Erben gehörigen Sache bestellt hatte: L. 22. D. *de Pignorib.*; und

4) die confusio bonorum, welche durch den Antritt der Erbschaft bewirkt wird, tritt ipso iure ein, dergestalt, daß eine Trennung der Erbschaft von dem eigenen Vermögen des Erben in der Regel nicht gestattet ist: L. 1. §. 12. u. L. 2. D. *de Separat.*

§. 588.

2. Beneficium separationis.

Demungeachtet hat der Prätor eine Ausnahme von dieser Regel durch das beneficium separationis eingeführt: L. 1. pr. D. *de Separat.* u. L. 2. C. *de Bon. auct. iud. possid.* Dieses steht den Gläubigern der Erbschaft gegen die Gläubiger des Erben zu, wenn dieser Letztere insolvent ist. Jene verlangen nämlich, daß die Erbschaft, also die Güter des Erblassers, nicht mit dem Vermögen des Erben vermischt, sondern daß sie selbst erst

wegen ihrer Forderungen aus der Erbschaft befriedigt werden und, so lange dieß noch nicht geschehen ist, die Gläubiger des Erben davon ausgeschlossen bleiben sollen: L. 1. §. 1. D. *de Separat.* L. 3. §. 2. u. L. 5. D. *eod.* — Umgekehrt aber steht dieses Recht keinesweges den Gläubigern des Erben gegen die Gläubiger der Erbschaft zu, d. h. die ersteren können nicht verlangen, daß sie aus den Gütern des solventen Erben, welcher eine insolvente Erbschaft antritt, vorzugsweise befriedigt werden: L. 1. §. 2. *eod.*

Ueber die rechtliche Natur des beneficium separationis sind nun folgende Grundsätze zu merken:

1) Unter den Gläubigern der Erbschaft sind zweyerley Personen zu verstehen:

a. die eigentlichen Gläubiger des Testator, welche schon bey dessen Lebzeiten Forderungen an ihn hatten: L. 5. *eod.* und

b. die Vermächtnißnehmer (Legatarien und Fideicommissarien): L. 6. pr. *eod.* — Unter diesen beyden Classen der Erbschafts-Gläubiger haben die Gläubiger im engern Sinne, wie sich von selbst versteht, allemal den Vorzug vor den Vermächtnißnehmern: L. 17. D. *de Mort. caus. donat.*

2) Die berechtigten Personen können ihr beneficium gegen alle Gläubiger des insolventen Erben geltend machen, selbst gegen die Pfand- und hypothekarischen Gläubiger: L. 1. §. 3. D. *de Separat.*

3) die separatio beruht auf einer Rechtswohlthat und muß daher besonders nachgesucht werden: L. 1. pr. *eod.* was auch durch einen Bevollmächtigten geschehen kann: L. 25. §. 1. D. *de Minorib.*

4) Wenn den Erbschaftsgläubigern die separatio ertheilt worden ist, so können dieselben später das eigene Vermögen des Erben nicht in Anspruch nehmen, wenn sie auch darthun, daß die Erbschaft zu ihrer Befriedigung nicht ausgereicht habe: L. 5. D. *de Separat.*, sie müßten denn beweisen, daß sie in unvermeidlichem Irrthume gewesen wären: L. 1. §. 17. *eod.*

5) Aber Das, was nach vollständiger Befriedigung der Erbschafts-Gläubiger noch übrig bleibt, können die Gläubiger des insolventen Erben gültiger Weise in Anspruch nehmen: L. 3. §. 2. in fin. *eod.* Endlich

6) Das beneficium separationis fällt weg:

a. wenn die confusio bonorum schon factisch geworden, d. h. eine Trennung des beyderseitigen Vermögens nicht mehr möglich ist: L. 1. §. 12. *eod.*

b. in Hinsicht auf diejenigen Erbschafts-Sachen, welche der Erbe bereits bona fide (also nicht in fraudem creditorum) verkauft hat: L. 2. *eod.*

c. nach Ablauf von fünf Jahren, vom Erbschaftsantritte gerechnet: L. 1. §. 13. *eod.* und

d. wenn die Erbschafts-Gläubiger den Erben ausdrücklich oder stillschweigend als ihren Schuldner anerkannt haben (si fidem heredis sequuti sunt): L. 1. §. 10. *eod.* Stillschweigend geschieht dieß z. B. wenn sie Bürgen oder eine andere Sicherheitsleistung von ihm annehmen: L. 1. §. 11. *eod.*

§. 589.

3. Rechtswohlthaten des antretenden Erben:

a. Beneficium deliberandi.

Nach strengem Rechte muß der Erbe, der die Erbschaft einmal angetreten hat, die ihm als Erben obliegenden Verbindlichkeiten auch aus seinem eigenen Vermögen erfüllen, wenn die Erbschaft selbst dazu nicht ausreicht: L. 59. D. *de R. I.* — L. 49. *de Oblig. et act.* — L. 2. §. 2. *de Verb. oblig.* — Justinian ertheilte aber dem Erben zwey Rechtswohlthaten, die ihn in dieser Hinsicht von jeder Gefahr und jedem Nachtheile befreyen, nämlich das beneficium deliberandi, wodurch der Erbe vor einem übereilten Antritte der Erbschaft geschützt wird, und das beneficium inuentarii, welches einen Verlust seines eigenen Vermögens von ihm abwendet.

Das beneficium deliberandi existirte zwar schon vor Justinian, indem jeder Erbe, welcher sich nicht sogleich vom wahren Stande der Erbschaft überzeugen, also auch über den Antritt derselben nicht augenblicklich erklären konnte, vom Prätor eine Frist erhielt, die wenigstens in 100 Tagen bestand, aber nach den obwaltenden Verhältnissen auch verlängert werden konnte: L. 1—3. D. *de Iure delib.* — Justinian bestimmte jedoch in der L. 19. C. *eod.* den festen Zeitraum eines Jahres, innerhalb dessen der Erbe überlegen kann, ob er die Erbschaft antreten wolle, oder nicht. Dieses Jahr (annus deliberandi) wird von dem Augenblicke an gerechnet, in welchem der Erbe zu der Wissenschaft gelangte, daß ihm die

Erbschaft deferirt worden sey. Stirbt der Erbe im Laufe dieses Jahres, so können seine Erben sich noch bis zum Abflusse desselben über den Erbschafts-Antritt erklären. Läßt er aber das Jahr vorüber, ohne auf irgend eine Weise seine Willensmeynung an den Tag zu legen, so wird sein Schweigen so gedeutet, wie es ihm am Nachtheiligsten ist. Wenn nämlich die Gläubiger des Testator dabey interessirt sind, so nimmt man an, der Erbe habe die Erbschaft angetreten, im entgegengesetzten Falle geht er aber derselben verlustig, so daß nun der Substitut oder die Intestat-Erben an seine Stelle treten: L. 22. (vlt.) §. 14. C. *eod.*, er müßte denn noch während des annus deliberandi aus besonderen Gründen um Verlängerung nachgesucht haben, welche ihm vom Landesherrn noch auf ein ganzes Jahr, von der Obrigkeit jedoch nur auf neun Monate verwilligt werden kann: L. 22. *cit.* §. 13.

§. 590.

b. Beneficium inuentarii.

Dieses besteht darin, daß der Erbe, wenn er ein genaues Verzeichniß aller actiua und passiua, welche die Erbschaft ausmachen, verfertigt, aus dem Antritte der Erbschaft bloß insoweit verbindlich wird, als die Kräfte der Erbschaft reichen.

Schon der Kaiser Gordianus hatte den Soldaten das Privilegium ertheilt, daß sie, wenn sie auch bereits eine Erbschaft angetreten hätten, den Gläubigern doch nur zu Ausantwortung der in derselben enthaltenen Güter, niemals aber ihrer eigenen gehalten seyn sollten: L. 22. (vlt.) pr. C. *de lure delib.* — Justinian dehnte aber diese Rechtswohlthat auf alle Erben unter der oben erwähnten Bedingung aus: L. 22. *cit.*

Derjenige Erbe nun, welcher von dem beneficium inuentarii Gebrauch machen will, muß nach Vorschrift des angeführten Gesetzes folgenden Erfordernissen Genüge leisten:

1) er muß innerhalb 30 Tagen, die von dem Augenblicke an zu rechnen sind, in welchem er zur Kenntniß des Erbschafts-Anfalles gelangt ist, mit Abfassung eines genauen Inventariums sämmtlicher actiua und passiua beginnen und dasselbe innerhalb 60 Tagen beendigen, er müßte denn an dem Orte, an welchem sich die Erbschaft befindet (in loco iacentis hereditatis) nicht wohnhaft seyn, in welchem Falle ihm die Frist eines Jahres läuft: L. 22. *cit.* §. 2. u. 3.;

2) dieses Inventarium ist unter öffentlicher Auctorität zu errichten, nämlich unter Zuziehung eines Notarius, so wie der sämmtlichen Vermächtnißnehmer und, wenn diese nicht alle erscheinen, wenigstens dreyer Zeugen: Nov. 1. c. 2. §. 1.;

3) der Erbe und der Notarius müssen das Inventarium unterschreiben und letzterer allein, wenn der Erbe nicht schreiben kann: L. 22. *cit.* §. 2.

Heut zu Tage bedarf es keines öffentlich errichteten Inventariums, sondern es reicht ein vom Erben gefertigtes Privat-Verzeichniß hin, dessen Richtigkeit derselbe, erforderlichen Falles, eidlich erhärten muß (specificatio iurata).

Wenn nun der Erbe die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten hat, so ist er verbunden, die ganze Erbschaft, so weit sie zur Befriedigung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer erforderlich ist, herauszugeben, in Hinsicht auf letztere jedoch unbeschadet der ihm gebührenden quarta Falcidia: L. 22. *cit.* §. 4. Hat er aber die Erbschaft angetreten, ohne ein Inventarium zu errichten, so muß er nicht nur die Gläubiger vollständig befriedigen (ohne Unterschied ob die Erbschaft dazu ausreicht, oder er aus seinem eigenen Vermögen zuzuschießen habe): L. 22. *cit.* §. 12., sondern auch den Vermächtnißnehmern ihre Legate und Fideicommisse unverkürzt ausantworten, ohne die quarta Falcidia abzuziehen: L. 22. *cit.* §. 14. sub fin.

§. 591.

4. Transmissio hereditatis.

Da jede aditio hereditatis in der Regel die confusio bonorum herbeyführt (§. 587.), so hat sie auch die besondere Wirkung, daß der Erbe die von ihm wirklich angetretene Erbschaft auch auf seine Erben überträgt, indem die erworbene Erbschaft ein Theil seines Vermögens geworden ist: L. 194. D. *de R. I.* — L. 7. §. 2. D. *de Adquir. vel om. hered.* — L. 65. u. L. 70. D. *de V. S.* — Hieraus ergiebt sich aber von selbst, daß von der andern Seite diejenige Erbschaft, welche bloß deferirt, aber noch nicht angetreten ist, auf die Erben des Erben nicht übergehen kann, daher die Rechtsregel: hereditas non adita non transmittitur: L. 7. C. *de Iure delib.* — Von dieser Regel giebt es jedoch verschiedene Ausnahmen, in welchen der Erbe auch die noch nicht angetretene Erbschaft auf seine Erben überträgt, vorausge-

setzt, daß er dieselbe nicht ausgeschlagen hat. Dieß wird dann transmissio hereditatis im engern Sinne genannt und kommt in folgenden Fällen vor:

1) wenn der Erbe ein suus heres war, denn diesem fällt die Erbschaft ipso iure zu, ohne daß es von seiner Seite einer Erklärung bedarf. (§. 583.) Er transmittirt daher die Erbschaft auf seine Erben, wenn er den Testator auch nur einen Augenblick überlebt hat, auch ist es nicht nöthig, daß er Kenntniß von dem erfolgten Erbschafts-Anfalle gehabt habe: L. 3. C. *de Iure delib.* — Aber diese transmissio, welche gewöhnlich ex iure s. ex capite suitatis genannt wird, gehört, streng genommen, gar nicht zu den Ausnahmen, weil der suus heres gleich durch den Tod des Erblassers die Erbschaft schon erwirbt, die hereditas also schon in diesem Augenblicke als adita betrachtet werden muß;

2) transmissio Theodosiana. Hier ist der Erbe ein Descendent, welcher von seinem Ascendenten zum Erben eingesetzt worden ist, aber vor Antritt der Erbschaft mit Tode abgeht. In diesem Falle kommt jedoch die transmissio nur den Descendenten, nicht auch den übrigen Erben des eingesetzten Erben zu Statten: L. un. C. *de His, qui ante ap. tab.* — Dieses Gesetz rührt von Theodosius II. her;

3) transmissio Iustinianea. Wenn der Erbe innerhalb des annus deliberandi mit Tode abgeht, so können seine Erben während der noch übrigen Zeit sich für den Antritt der Erbschaft erklären, wie bereits oben (§. 589.) gesagt worden ist. Vgl. L. 19. C. *de Iure delib.* Hier wird die Erbschaft nicht bloß auf Descendenten, sondern auf alle Erben ohne Unterschied transmittirt, sie mögen nun mit dem Testator verwandt seyn oder nicht;

4) wenn der Erbe wegen eines gesetzlichen Hindernisses die Erbschaft innerhalb der vorgeschriebenen Zeit nicht antreten konnte (z. B. wegen der absentia reipublicae caussa): L. 30. pr. u. L. 86. pr. D. *de Adquir. vel om. hered.* Daher: transmissio ex capite restitutionis in integrum;

5) wenn der Erbe ein infans ist und noch im Kindesalter mit Tode abgeht, so kann der Vater die Erbschaft antreten: L. 18. §. 3. C. *de Iure delib.* Diese transmissio wird ex capite infantiae s. ex iure patris genannt;

6) jeder Pflichttheil-Erbe, also auch Ascendenten und Geschwister, transmittirt seinen Pflichttheil auf seine Erben, wenn

er auch denselben noch nicht angetreten hatte, weshalb diese, vorkommenden Falles, die querela inofficiosi anstellen können, obwohl ihr Testator die genannte Klage noch nicht vorbereitet hatte: L. 34. C. *de Inoff. testam.* und

7) wenn ein Erbe, welcher Miterben hat, auf einen Theil der Erbschaft pure, auf einen andern aber sub conditione eingesetzt ist, den erstern angetreten hat, aber vor Eintritt der Bedingung mit Tode abgegangen ist, so können seine Erben, wenn die Bedingung später noch eintritt, auch auf den andern Theil der Erbschaft Anspruch machen: L. 53. D. *de Adquir. vel om. hered.*

§. 592.

5. Ius adcrescendi:

a. Begriff und rechtlicher Grund desselben.

Ius adcrescendi (Anwachsungsrecht): ius coheredis vel collegatarii portionem coheredis vel collegatarii *deficientis* adquirendi: L. 31. u. L. 53. D. *de Adquir. vel om. hered.* — L. 12. pr. D. *de Bon. poss. contra tab.* — L. 1. pr. u. L. 11. D. *de Vsufr. adcresc.* — §. 8. Inst. *de Legat.*

Nach Maaßgabe dieser Gesetzstellen kann das ius adcrescendi sowohl unter coheredibus (Miterben), als unter collegatariis (Mitlegatarien, welchen eine und dieselbe Sache zusammen vermacht worden ist) vorkommen und setzt stets einen coheres oder collegatarius *deficiens* voraus, d. h. daß einer derselben seinen Antheil nicht hat erwerben können oder wollen: §. 8. Inst. *cit.* Denn wenn die Erwerbung schon Statt gefunden hat, so wird der erworbene Antheil auf die Erben des coheres oder collegatarius transmittirt und vom Anwachsungsrechte kann keine Rede seyn: L. 194. D. *de R. I.* u. L. 7. §. 2. D. *de Adquir. vel om. hered.* (§. 587. u. §. 591.) Bey den Miterben kommt übrigens nichts darauf an, ob sie Testaments- oder Intestat-Erben: L. 1. §. 9. D. *Ad SC. Tertull.*, ob sie Civil- oder prätorische Erben (bonorum possessores) sind: §. 5. Inst. *de Bon. poss.*

Was nun aber den rechtlichen Grund anlangt, auf welchem das ius adcrescendi beruht, so ist derselbe verschieden, jenachdem dieses Recht den Miterben oder den Mitlegatarien zusteht:

1) unter den Miterben und zwar a. unter den testamentarischen ist der rechtliche Grund die Regel: nemo pro

40*

parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, denn wenn das ius adcrescendi nicht eingeführt wäre und es gienge z. B. einer der eingesetzten Miterben vor dem Testator mit Tode ab, so müßte dessen Antheil den Intestat-Erben zufallen und jene Regel geradezu umgestoßen werden, weshalb auch der Testator die Ausübung des ius adcrescendi unter den Miterben niemals untersagen, sondern nur durch Substitutionen modificiren kann, und b. unter den Intestat-Erben stellt sich das ius adcrescendi darum als nothwendig dar, weil diejenigen Intestat-Erben, welche vom Gesetze in einer und derselben Classe gerufen sind, als alleinige Miterben betrachtet werden müssen und daher die, welche in einer entfernteren Classe stehen, gänzlich ausschließen;

2) unter den Mitlegatarien beruht aber das Anwachsungsrecht auf dem präsumtiven Willen des Erblassers. Denn wenn der Letztere eine Sache vermachte, so entzog er sie dadurch der Erbmasse, gab also zu erkennen, daß der Erbe sie nicht empfangen sollte. Ist nun das Vermächtniß mehreren Personen bestimmt worden und eine derselben kann oder will ihren Antheil nicht erwerben (deficit), so muß man natürlich annehmen, es sey auf diesen Fall der Wille des Testator gewesen, daß der erledigte Antheil des Vermächtnisses nicht an den Erben zurückfallen, sondern denjenigen Mitlegatarien zu Gute kommen solle, welche ihre Antheile wirklich erwerben würden.

Dieser verschiedene Rechtsgrund, auf welchem das Anwachsungsrecht beruht, bringt nun auch verschiedene Wirkungen hervor, denn

1) die Miterben können zur Ausübung des ius adcrescendi gezwungen werden: L. 53. §. 1. D. *de Adquir. vel om. hered.* und müssen natürlich auch die Lasten und Nachtheile, welche mit der portio adcrescens verbunden sind, übernehmen: L. vn. §. 4. C. *de Caduc. toll.*,

2) die Mitlegatarien hingegen können in der Regel nicht zur Ausübung dieses Rechtes gezwungen werden und sind wenigstens in diesem Falle nicht genöthigt, die mit dem erledigten Antheile verbundenen Lasten zu übernehmen: L. vn. *cit.* §. 11. Auch kann der Testator die Ausübung des ius adcrescendi unter den Mitlegatarien untersagen, weil dann der erledigte Antheil an den Erben zurückfällt.

§. 593.

b. Ausübung des ius adcrescendi:
α. unter den Miterben:
αα. unter den Intestat-Erben.

Bey der Ausübung des Anwachsungsrechtes unter den Intestat-Erben gilt zuvörderst der schon oben aufgestellte Grundsatz, daß nur diejenigen Intestat-Erben dazu berechtigt sind, welche mit dem Wegfallenden in einer und derselben Classe stehen, da die, welche sich in einer entfernteren Classe befinden, von der Succession überhaupt ausgeschlossen werden. Aber auch die in derselben Classe concurrirenden Personen können nicht immer alle und selbst in diesem Falle nicht immer auf gleiche Weise das ius adcrescendi ausüben, es ist vielmehr folgendermaaßen zu unterscheiden:

1) wenn bloß solche Miterben concurriren, welche in capita erben, z. B. lauter Söhne des Testator, so wird auch das Anwachsungsrecht in capita ausgeübt, d. h. wenn einer dieser Söhne wegfällt, z. B. die Erbschaft ausschlägt, so wird die portio vacua in Kopftheile, also dergestalt getheilt, daß jeder der übrigen Söhne, welche ihre Erbantheile wirklich erworben haben, einen gleichen Theil empfängt;

2) wenn aber von den concurrirenden Miterben einige in capita, andere in stirpes succediren, wie dieß z. B. in der zweyten und dritten Classe mit Geschwistern des Testator und den Kindern der vorverstorbenen Geschwister Statt findet, so ist ein doppelter Fall möglich:

a. es fällt eine von den Personen weg, welche in capita succediren, z. B. ein Bruder des Testator. Hier wird die portio vacua in Stammtheile getrennt, so daß, wenn z. B. außer dem Wegfallenden noch zwey Brüder des Erblassers und drey Kinder eines vorverstorbenen Bruders vorhanden sind, die erledigte Portion in drey Theile zerfällt. Den ersten und zweyten erhalten die beyden Brüder und den dritten die drey Kinder des früher verstorbenen Bruders,

b. es fällt eine von den Personen weg, welche in stirpes succediren, z. B. in dem gegebenen Falle eines von den drey Kindern des vorverstorbenen Bruders. Hier üben nur diejenigen Miterben das ius adcrescendi aus, welche mit dem Wegfallenden zu

demselben Stamme gehören, also bloß die beyden übrigen Kinder des vorverstorbenen Bruders, mit Ausschluß der drey Brüder des Testator. Diese würden nur dann das ius adcrescendi ausüben können, wenn der Wegfallende keine Geschwister hinterlassen hätte.

Vgl. über diese Lehre: L. 12. pr. D. *de Bon. poss. contra tab.* u. L. 1. §. 12. D. *de Coniung. cum emanc. lib.*

§. 594.

ββ. Unter den testamentarischen Erben.

Bey der Ausübung des Anwachsungsrechtes unter den testamentarischen Erben kommt Alles auf die Form an, unter welcher sie zur Erbschaft berufen worden sind. In Hinsicht auf diese Form werden die testamentarischen Miterben nach der L. 142. D. *de V. S.* in drey Classen eingetheilt. Sie sind nämlich:

1. *re* (tantum) *coniuncti s. verbis disiuncti*: qui ad eandem hereditatem in *diuersis propositionibus* vocati sunt.

Unter propositio hat man einen Satz also den Inbegriff mehrerer Worte zu verstehen, welche, zusammen genommen, einen Sinn geben. Reconiuncti coheredes sind also diejenigen, welche zu einer und derselben Erbschaft (denn sonst wären sie überhaupt keine Miterben) aber in verschiedenen Sätzen gerufen, mithin bloß durch den Gegenstand (die ihnen angefallene Erbschaft) verbunden sind. Der Testator hat hier jedem Miterben einen besondern Satz gewidmet, z. B. „Titius soll mein Erbe seyn. Sempronius soll mein Erbe seyn. Maevius soll mein Erbe seyn";

2. *verbis coniuncti*: qui ad eandem hereditatem in vna propositione, adiectis tamen partibus intellectualibus vocati sunt.

Hier sagt z. B. der Testator: „Ich setze den Titius und den Sempronius zu meinen Erben ein, jedoch dergestalt, daß jener zwey Drittheile, dieser nur ein Drittheil der Erbschaft empfangen soll". Endlich

3. *re et verbis s. mixtim coniuncti*: qui ad eandem hereditatem in vna propositione nullis partibus intellectualibus adiectis vocati sunt.

Diese kommen z. B. vor, wenn im Testamente die Worte stehen: „Ich setze den Titius und den Sempronius zu meinen Erben ein".

In Hinsicht auf diese drey Classen der testamentarischen Miterben gelten nun über die Ausübung des Anwachsungsrechtes folgende Regeln:

1) wenn ein reconiunctus wegfällt, so accrescirt der erledigte Antheil desselben allen übrigen Miterben und zwar nach dem Grundsatze: tot fiunt portiones, quot adsunt propositiones. In Gemäßheit dieses Grundsatzes werden die verbis coniuncti und die mixtim coniuncti stets für eine Person gehalten, dergestalt daß jeder reconiunctus einen Theil für sich empfängt, die sämmtlichen verbis coniuncti ebenfalls einen Theil erhalten und ein solcher auch den sämmtlichen mixtim coniunctis zufällt: L. 59. §. 3. D. *de Heredib. inst.*,

2) wenn ein verbis oder ein mixtim coniunctus wegfällt (was hier von gleicher Wirkung ist), so accrescirt dessen erledigter Antheil bloß denjenigen Miterben, welche mit dem wegfallenden in einer und derselben Proposition gerufen sind und zwar den verbis coniunctis nach Verhältniß ihrer intellectuellen Antheile: L. 63. D. *eod.* — L. un. §. 10. C. *de Caduc. toll.* — L. 34. pr. D. *de Legat. I.*,

3) wenn aber in der Proposition des wegfallenden verbis oder mixtim coniunctus Niemand mehr vorhanden ist, so wird der Wegfallende für einen reconiunctus angesehen, und wieder die Regel geltend gemacht: tot fiunt portiones, quot adsunt propositiones: §. 8. Inst. *de Legat.* — L. 142. in fin. D. *de V. S.*

§. 595.

β. Unter den Mitlegatarien.

Bey der Ausübung des Anwachsungsrechtes unter den Mitlegatarien gelten im Allgemeinen die Grundsätze, welche in Hinsicht auf die testamentarischen Miterben aufgestellt worden sind. Es ist nämlich unter ihnen dieselbe dreyfache Verbindung möglich, so daß der Testator sie entweder in verschiedenen Propositionen gerufen hat (mein Haus vermache ich dem Titius. Dasselbe Haus vermache ich dem Sempronius) oder in einer und derselben Proposition und zwar entweder mit oder ohne Hinzufügung intellectueller Antheile: L. 34. pr. D. *de Legat. I.* — L. un. §. 10. u. 11. C. *de Caduc. toll.* — L. 89. D. *de Legat. III.* — L. 142. D. *de V. S.* — §. 8. Inst. *de Legat.* und in allen diesen Fällen

gilt Das, was bereits in Bezug auf die Miterben gesagt worden ist, nur sind noch folgende Eigenthümlichkeiten zu erwähnen.

1) wenn der Testator mehreren Personen eine und dieselbe Sache vermacht, letztere aber in physische Theile getrennt und diese den verschiedenen Empfängern angewiesen hat, so entstehen verschiedene Sachen und es fällt der Begriff der collegatarii, mithin das ius adcrescendi gänzlich hinweg: L. 1. pr. D. *de Vsufr. adcresc.* Der Erblasser sagt z. B. „ich vermache die Wiese am Teiche dem Titius und Sempronius zu gleichen Hälften und zwar so, daß jener die dem Teiche, dieser die dem Walde zunächst gelegene Hälfte erhalten soll". Kann oder will in diesem Falle der Titius seinen Antheil nicht erwerben, so fällt derselbe nicht dem Sempronius zu, sondern an den Erben zurück;

2) die collegatarii *reconiuncti* sind zur Ausübung des Anwachsungsrechtes gezwungen, brauchen aber die mit dem erledigten Antheile verbundenen Lasten nicht zu übernehmen, welche vielmehr dem Erben obliegen, dahingegen die *verbis* und *mixtim coniuncti* das ius adcrescendi bloß freywillig ausüben, in diesem Falle jedoch auch die Lasten der portio vacua tragen müssen: L. vn. §. 10. u. 11. C. *de Caduc. toll.*

§. 596.

c. Portio adcrescit portioni, non personae.

Diese Regel deutet an, daß die Ausübung des ius adcrescendi nicht auf die Personen der vom Testator selbst berufenen Miterben oder Mitlegatarien beschränkt ist, sondern daß dieses Recht auch den Erben derselben zusteht, dafern nur sie selbst die ihnen ursprünglich angefallene Portion wirklich erworben haben: L. 9. D. *de Suis et legit. hered.* u. L. vn. §. 10. C. *de Caduc. toll.* Es hat z. B. der Testator den A., den B. und den C. zu seinen Erben eingesetzt und zwar die beyden erstgenannten pure, den letztern aber sub conditione. A. und B. treten ihre Erbportionen sogleich an und hierauf geht, während die Bedingung, unter welcher C. eingesetzt war, noch schwebt, A. mit Tode ab. Jetzt wird es gewiß, daß C. die Bedingung nicht erfüllt hat und hierdurch entsteht eine portio vacua, auf welche das ius adcrescendi auszuüben ist. Von dieser erhält der noch lebende B. die Hälfte und die andere Hälfte fällt an die Erben des verstorbenen A.

Von dieser Regel giebt es aber eine wichtige Ausnahme, welche

bloß bey Legaten vorkommen kann und dann eintritt, wenn der Gegenstand des Legates eine seruitus *personalis,* z. B. der vsusfructus ist. In diesem Falle gilt der entgegengesetzte Grundsatz: portio adcrescit personae, non portioni: L. 1. §. 3. D. *de Vsufr. adcr.* Wenn man nämlich die in dem gegebenen Beyspiele concurrirenden Personen in collegatarios verwandelt und als Gegenstand des Legates den Nießbrauch eines Hauses annimmt, so werden die Erben des A. ausgeschlossen und der B. bekommt die Portion des C. ausschließlich, mithin zwey Drittheile des ganzen vsusfructus, denn der Antheil des A. war nach dessen Tode wieder an den Erben, als den proprietarius des Hauses, zurückgefallen.

Der Grund dieser Ausnahme liegt in der Natur der seruitutes personales, welche, als höchst persönliche Rechte, niemals auf die Erben übergehen: §. 3. Inst. *de Vsufr.*

§. 597.

6. Erbtheilung.

Wenn zu einer und derselben Erbschaft mehrere Erben berufen sind, so steht es, nach erfolgtem Antritte, einem jeden derselben frey, gegen seine Miterben auf Theilung der Erbschaft anzutragen. Diese kann nun entweder außergerichtlich, durch einen zwischen den Interessenten getroffenen Erbvergleich, so wie auch in Folge einer diuisio parentum inter liberos, oder durch Anrufung des Richters geschehen, in welchem letztern Falle die actio oder das iudicium familiae erciscundae Platz ergreift: §. 4. Inst. *de Offic. iud.*

Ehe aber die Theilung der Erbschaft erfolgen kann, müssen alle diejenigen Gegenstände abgesondert werden, welche nicht zur Erbschaft gehören, namentlich die Mitgift der Ehefrau und das Vermögen der Kinder, ja es giebt sogar Sachen, welche, obwohl sie zur Erbschaft gehören, dennoch nicht zur Theilung kommen können:

1) res noxiae und indecorae, z. B. Gift, lascive Schriften oder Bilder, welche Gegenstände sogleich vernichtet werden müssen: L. 4. §. 1. D. *Famil. ercisc.,*

2) res delicto quaesitae, welche ihrem rechtmäßigen Eigenthümer zurückzugeben sind: L. 4. *cit.* §. 2.,

3) Urkunden, welche die ganze Erbschaft betreffen, denn diese werden entweder nach getroffener Verabredung bey einem der Miterben, oder gerichtlich deponirt. L. 4. *cit.* §. 3. und

4) Real-Servituten, weil diese an sich untheilbar sind und nur Demjenigen zufallen können, welcher das praedium dominans erwirbt: L. 23. §. 3. D. *de Seruit. praed. rust.*

Alle übrige Erbschaftssachen sind der Theilung unterworfen und wenn sie untheilbar sind, so treten, dafern sich die Erben nicht gütlich vereinigen können, die Grundsätze ein, welche oben (§. 418.) über die adiudicatio aufgestellt worden sind.

Die Gelder aber, welche, in Folge der geschehenen Theilung, ein Erbe dem andern herauszuzahlen hat, heißen Erbegelder (pecunia hereditaria), welche sich nach manchen Particularrechten eines Vorzugs im Concurse erfreuen.

Die Wirkung der geschehenen Theilung ist nun die, daß die bisherige Gemeinschaft unter den Miterben aufhört und die Theilung selbst nur noch 30 Jahre lang angefochten werden kann: L. 1. §. 1. C. *de Annal. except.*

War endlich die Sache, welche einer der Miterben durch Theilung empfangen hatte, eine fremde, welche ihrem rechtmäßigen Eigenthümer zurückgegeben werden mußte, so sind die übrigen Miterben verbunden, diesen Schaden zu ihrem Antheile zu ersetzen: L. 14. C. *Famil. ercisc.*, die Ertheilung müßte denn vom Testator vorgeschrieben und den Miterben der Beweis möglich seyn, daß der Testator gewußt habe, die Sache sey eine fremde: arg. L. 57. D. *de Legat. I.* und selbst in diesem Falle sind die Miterben zur Evictionsleistung verbunden, wenn Der, welcher die Sache herausgeben muß, hierdurch in seinem Pflichttheile verletzt wird: L. 7. C. *Comm. vtriusq. iud.*

§. 598.

7. Collation.

Collatio bonorum (Einwerfung): actus, quo descendentes adscendentibus successuri ea bona, quae ab his, dum viuerent, titulo lucratiuo acceperant, cum descendentibus coheredibus communicant: L. 1. pr. D. *de Collat.* L. 17—19. C. *de Collat.* Nou. 18. c. 6. — Nou. 97. c. 6.

Zur Einwerfung sind nur Descendenten verbunden und zwar nur dann, wenn sie unter sich allein concurriren, nicht aber, wenn sie zugleich mit andern Personen erben: L. vlt. C. *Comm. vtriusq. iud.* Doch kommt nichts darauf an, ob sie sui heredes oder emancipati sind: L. 12. C. *de Collat.*, ob sie ex testamento oder ab intestato erben: Nou. 18. c. 6. und ob sie in näherem oder entfernterem Grade mit dem Testator verwandt sind: L. 19. C. *de Collat.*, weshalb es sich auch ereignen kann, daß ein Vater, als Sohn des Testator, seinem eigenen Sohne conferiren muß, nämlich dann, wenn der Testator seinen Enkel an Sohnes Statt angenommen hat: L. 3. §. 6. D. *de Collat.* (§. 316. a. 2.)

Da nun die Collation auf dem gleichmäßigen Erbrechte der Descendenten beruht, so müssen dieselben in der Regel alles Dasjenige einwerfen, was sie von ihren Abscendenten bey deren Lebzeiten: L. 1. §. 19. D. *eod.* und durch die Freygebigkeit derselben empfangen haben: L. 6. u. 12. C. *eod.* Daher sind die Enkel nicht nur zur Einwerfung Dessen verpflichtet, was sie selbst von ihrem Großvater bekommen haben, sondern auch Dessen, was ihrem verstorbenen Vater oder ihrer verstorbenen Mutter von demselben zu Theil geworden war, und dieser Verpflichtung müssen sie sich sogar dann unterziehen, wenn sie sich von der Erbschaft ihres Vaters oder ihrer Mutter losgesagt haben: Nou. 118. c. 1.

Die Gegenstände der Collation sind aber folgende:

1) die dos, welche die Tochter oder Enkelin von dem Testator empfangen hat: L. 1. §. 1. D. *de Dot. collat.* u. L. 17. C. *de Collat.*,

2) die donatio propter nuptias, welche für den Sohn oder Enkel von dem Erblasser bestellt worden ist: L. 17. 19. u. 20. C. *eod.*, es müßte denn die dos oder donatio propter nuptias ohne Verschulden des Empfängers verloren gegangen seyn, in welchem Falle die Verpflichtung zur Collation aufhört: L. 1. §. 6. D. *de Dot. collat.* u. Nou. 97. c. 6. und

3) Alles, was der Descendent von dem Erblasser als Zuschuß, Unterstützung oder Beyhülfe empfangen hat: arg. L. 17. in fin. u. L. 20. pr. C. *de Collat.*

Ausgenommen von der Collation sind:

1) die wirklichen Schenkungen: L. 1. C. *eod.* Doch müssen auch diese conferirt werden:

a. wenn der Testator die Collation zur Zeit der erfolgten Schenkung dem Beschenkten selbst zur Bedingung machte: L. 20. in fin. C. *eod.*,

b. wenn die Schenkung zu Gunsten emancipirter Kinder geschah und diese als Erben mit *suis* heredibus concurriren: arg. L. 17. in fin. C. *eod.*

c. wenn der Beschenkte mit solchen Personen concurrirt, welche eine dos oder donatio propter nuptias einwerfen müssen: L. 20. §. 1. C. *eod.*,

2) die Früchte und Zinsen Dessen, was wirklich eingeworfen werden muß: L. 5. §. 1. D. *de Dot. collat.*,

3) alle Gegenstände, welche zum peculium militare, es sey nun castrense oder quasicastrense, gehören: L. 1. §. 15. D. *de Collat.*,

4) alimenta naturalia und ciuilia: L. 11. u. 15. C. *de Neg. gest.*,

5) Alles was der Descendent von dem Testator empfangen hat, um sich den Weg zu einer Würde oder Ehrenstelle zu bahnen: L. 1. §. 16. D. *de Collat.* und

6) dasjenige Geld, welches der Testator ausgegeben hat, um einen Descendenten aus der Gefangenschaft zu befreyen: L. 17. C. *de Postlimin.*

Die ganze Collations-Verbindlichkeit fällt aber weg, wenn der Descendent aus irgend einem Grunde gar nicht Erbe wird: L. 25. C. *Famil. ercisc.* — L. 8. u. 9. D. *de Dot. collat.* oder der Testator die Einwerfung ausdrücklich untersagt hat: Nou. 18. c. 6., was jedoch nicht zum Nachtheile der Pflichttheil-Erben geschehen darf.

§. 599.

8. Hereditatis petitio:

a. Begriff.

Hereditatis petitio: actio vniuersalis mixta, qua vtitur heres aduersus eum, qui hereditatem eiusue partem pro herede, vel pro possessore possidet, ad eam cum omni caussa restituendam: L. 1—3. D. *de Hered. pet.*

Ueber die rechtliche Natur dieser Klage sind folgende Sätze zu merken:

1) sie ist eine actio *vniuersalis*, weil sie auf dem Rechte beruht, den Erblasser in allen seinen Verhältnissen zu vertreten: L. 3. pr. D. *de Bon. poss.* u. L. 1. pr. D. *de Rei vind.*,

2) sie ist eine actio *mixta*, weil sie nicht nur die Herausgabe der Erbschaft, sondern auch persönliche Leistungen zum Zwecke hat, welche nur von Demjenigen gefordert werden können, der die Erbschaft oder einen Theil derselben bis jetzt verwaltet hat und aus den einzelnen Handlungen, die in dieser Hinsicht von ihm ausgegangen sind, noch besonders verbindlich wird, wie z. B. wenn er außenstehende Schulden des Testator erlassen oder Erbschafts-Sachen auf Credit oder um einen zu niedrigen Preis verkauft hat: L. 25. §. 18. D. *de Hered. pet.* Vgl. auch L. 7. C. *de Petit. hered.* u. oben: §. 26. u. §. 186.,

3) sie kann nur gegen Denjenigen angestellt werden, qui pro herede oder gegen Den, qui pro possessore possidet: L. 9. D. *de Hered. pet.* u. L. 7. C. *de Petit. hered.*

Pro herede besitzt Der, welcher entweder das Erbrecht für sich selbst behauptet, oder doch das Befugniß in Anspruch nimmt, an die Stelle des Erben zu treten, also der Käufer der Erbschaft, als einer vniuersitas iuris: arg. L. 11. D. *de Hered. pet.* u. L. 13. §. 4. D. *eod.* — Hier hat der Ausdruck: pro herede possidere, wie sich von selbst versteht, eine ganz andere Bedeutung als in der Lehre von der Verjährung. (§. 423.)

Pro possessore besitzt Der, qui possidet, quoniam possidet: L. 12. D. *eod.*, d. h. Der, welcher durchaus keinen Rechtsgrund oder Titel für seinen Besitz anführen kann, aber dennoch dem Erben sein Recht bestreitet. (§. 423.) Zu Denen, welche pro possessore besitzen, werden auch die ficti possessores gerechnet, (§. 390.): L. 13. §. 13. u. 14. D. *eod.*

Bey Anstellung der hereditatis petitio ist es daher unumgänglich nothwendig, daß der Beklagte den Titel seines Besitzes angebe, damit der Kläger auch wisse, ob in dem vorliegenden Falle die erwähnte Klage zulässig sey, oder nicht: L. 11. C. *de Hered. pet.* u. L. 42. D. *eod.*

Nun darf man sich aber diese Klage nicht so vorstellen, als ob dieselbe stets auf die ganze Erbschaft oder doch auf einen intellectuellen Theil derselben gerichtet werden müßte, sie

kann vielmehr auch auf eine einzelne Sache, welche zur Erbschaft gehört, angestellt werden, dafern nur der Beklagte dieselbe pro herede oder pro possessore besitzt: L. 4. D. *de Hered. pet.* u. L. 9. in fin. u. L. 10. pr. D. *eod.*

Wenn sich hingegen eine einzelne zur Erbschaft gehörige Sache in den Händen eines solchen Besitzers befindet, welcher dieselbe weder pro herede, noch pro possessore, sondern kraft eines andern Titels, z. B. pro emto, pro donato besitzt, so kann niemals die hereditatis petitio, sondern es muß die rei vindicatio, oder eine andere Special-Klage gegen ihn angestellt werden: L. 2. in fin. u. L. 7. in fin. C. *de Petit hered.* — L. 4. C. *In quib. causs. cessat long. temp. praescr.* — L. 42. D. *de Hered. pet.*

§. 600.

b. Eintheilungen.

Die hereditatis petitio wird eingetheilt:

1) in directam und fideicommissariam.

Die letztere wird von dem heres fideicommissarius angestellt, wenn ihm der heres fiduciarius die Erbschaft bereits restituirt hat: L. 1. D. *de Fideicomm. her. petit.*, niemals aber gegen den fiduciarius selbst: L. 3. §. 1. D. *eod.*;

2. in directam und vtilem.

Die hereditatis petitio *vtilis* ist diejenige, welche der Käufer einer Erbschaft anstellt: L. 54. D. *de Hered. petit.* Doch wird zuweilen auch die hereditatis petitio fideicommissaria und possessoria mit diesem Namen bezeichnet;

3. in vniuersalem und particularem s. partiariam.

Auf den ersten Anblick scheint es befremdend, daß eine actio vniuersalis auch zugleich particularis seyn könne, dieß erklärt sich aber daraus, daß die letztere von einem Miterben (im Gegensatze des heres ex asse), also von einem solchen Erben angestellt wird, welcher kraft seines Rechtes nicht die ganze vniuersitas iuris defuncti, sondern nur einen Theil derselben in Anspruch nehmen kann, es möge dies nun gegen einen andern Miterben (actio familiae erciscundae) oder gegen einen dritten Besitzer geschehen. Daher ist diese Eintheilung nicht nach dem Gegenstande, auf welchen die Klage gerichtet wird, sondern nach dem Rechte zu beurtheilen, auf welchem sie beruht. Erstreckt sich die-

ses über die ganze Erbschaft, so daß der Kläger, wie man sich heut zu Tage ausdrückt, der Universal-Erbe ist, der keine andern Erben neben sich hat, so ist seine hereditatis petitio eine *vniuersalis*, wenn er auch damit nur eine einzelne Sache verfolgt, welche sich in dem Besitze des Beklagten befindet. Ist aber das Recht des Erben auf einen gewissen Theil beschränkt, er selbst also eine heres ex parte, so kann seine hereditatis petitio nur *particularis* seyn, wenn er sie auch gegen Den anstellt, welcher die ganze Erbschaft besitzt: L. 1. §. 1. D. *Si pars hered. pet.* u. L. 2. D. *eod.* Demungeachtet ist der heres ex parte ein successor vniuersalis, weil er den Testator zu einem intellectuellen Antheile repräsentirt;

4. in testamentariam und ab intestato, jenachdem sie von dem eingesetzten oder von dem Intestat-Erben angestellt wird: L. 1. u. 3. D. *de Hered. pet.*;

5. in petitoriam und possessoriam.

Die letztere darf nicht etwa für ein possessorisches Rechtsmittel angesehen werden, vielmehr ist sie eine wirkliche hereditatis petitio, welche aber ihren Namen davon ableitet, daß sie aus dem prätorischen Erbrechte, also aus der bonorum *possessio* entspringt: L. 1. u. 2. D. *de Possess. hered. pet.* Statt jener uneigentlichen Ausdrücke wird man daher passender die Worte: hereditatis petitio ciuilis und praetoria gebrauchen. Endlich von den neueren Juristen:

6. in simplicem und qualificatam.

Hereditatis petitio qualificata: quae non aliter effectum producit, quam rescisso testamento. Dieser Klage bedienen sich also die Notherben oder auch die übrigen Intestat-Erben gegen den eingesetzten Erben, wenn sie die Ungültigkeit des Testamentes darthun können. Dieselbe kommt daher entweder als querela nullitatis, oder als querela inofficiosi vor.

§. 601.

c. Zweck und Wirkung der hereditatis petitio.

Mit der hereditatis petitio verlangt der Kläger, daß der Beklagte sein, des Klägers, Erbrecht anerkenne und ihm folglich die Erbschaft oder den in Rede stehenden intellectuellen oder physischen Theil derselben cum omni caussa herausgebe: L. 10. §. 1. D. *de Hered. pet.* Die omnis caussa besteht in den Accessionen und

Früchten der fraglichen Erbschafts-Gegenstände. Was nun in's Besondere die letzteren betrifft, so ist zwischen dem bonae und malae fidei possessor zu unterscheiden:

1) der bonae fidei possessor ist bloß zur Herausgabe derjenigen fructus verbunden, welche zur Zeit der erhobenen Klage noch in natura vorhanden sind (fructus exstantes), die fructus consumtos aber braucht er nur insoweit zu restituiren, als er durch sie bereichert worden ist, dahingegen er nach erhobener Klage strenger beurtheilt wird. Denn von dieser Zeit an muß er nicht nur die fructus perceptos herausgeben, sondern auch die percipiendos ersetzen: §. 2. Inst. *de Offic. iud.* — L. 40. §. 1. D. *de Hered. pet.*;

2) der malae fidei possessor aber muß nicht nur die fructus perceptos, sondern auch die percipiendos ohne Unterschied restituiren: §. 2. Inst. *cit.* Doch sind von den letztern die Zinsen ausgenommen, welche der malae fidei possessor nicht erhoben hat, weil er die Erbschaftsgelder liegen ließ, ohne sie auszuleihen: L. 20. §. 14. D. *de Hered. pet.*

Von der andern Seite kann aber auch der Beklagte gegen den Kläger gewisse Ansprüche geltend machen, nämlich

1) er kann diejenigen Zahlungen abziehen, welche er den Gläubigern des Erblassers und den Vermächtnißnehmern geleistet hat: L. 5. C. *de Pet. hered.*, nicht minder

2) Dasjenige, was er selbst als Gläubiger der Erbschaft zu fordern hat: L. 4. C. *eod.*

3) er kann die Restitution der von ihm aufgewendeten Kosten verlangen. Diese sind:

a. impensae fructuum. Hier kann die Restitution nur insoweit gefordert werden, als der Beklagte zur Herausgabe der Früchte selbst verbunden ist, letzterer mag nun ein bonae oder malae fidei possessor seyn: L. 36. §. 5. D. *de Hered. pet.*

b. impensae rei. Für solchen Aufwand treten dieselben Grundsätze ein, welche oben (§. 433.) in der Lehre von der rei vindicatio aufgestellt worden sind. Nur ist hier besonders zu bemerken, daß der malae fidei possessor auch den Ersatz der impensae *vtiles* verlangen kann, wenn die Sachen, auf welche sie verwendet worden sind, noch existiren: L. 38. D. *eod.*

§. 602.

d. Verjährung.

Die hereditatis petitio, von welcher Art sie auch sey, erlischt nach Ablauf von 30 Jahren: L. 3. C. *de Praescript. XXX. vel XL. annor.* Diese Zeit ist von dem Augenblicke an zu rechnen, in welchem der Erbe Wissenschaft davon bekommen hat, daß ihm die Erbschaft deferirt worden sey. Dasselbe gilt auch von der actio familiae erciscundae, wenn die Erbtheilung bereits geschehen ist: L. 1. §. 1. C. *de Annal. except.* (§. 597.) So lange aber die letztere noch nicht geschehen, die Erbschaft also noch gemeinschaftlich ist, verjährt die erwähnte Klage niemals, weil Niemandem eine Zeit vorgeschrieben werden kann, zu welcher er aus der communio heraustreten müßte, es vielmehr einem Jeden frey steht, dieselbe so lange fortzusetzen, als es ihm beliebt. Aber aus demselben Grunde kann man auch zu jeder Zeit auf Theilung einer gemeinschaftlichen Sache antragen und durch Verjährung von seinem Antheile niemals ausgeschlossen werden: L. 4. §. 2. D. *Comm. diuid.*

§. 603.

Possessorische Rechtsmittel.

Außer der bis jetzt erklärten Klage, als dem eigentlichen, aus der hereditas entspringenden, petitorischen Rechtsmittel, stehen dem Erben auch zwey possessorische Rechtsmittel zu, nämlich zwey interdicta adipiscendae possessionis:

1. interdictum quorum bonorum, kraft dessen der Erbe, nach Analogie des alten bonorum possessor und als successor vniuersalis, verlangt, daß man ihm vorläufig den Besitz der in der Erbschaft enthaltenen körperlichen und unkörperlichen Sachen einräume: L. 1. §. 1. D. *Quor. bonor.* Gleich der hereditatis petitio kann dieses Interdict nur gegen Denjenigen angestellt werden, welcher die Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt: L. 1. pr. D. *eod.*

2. remedium ex L. vlt. C. *de Edicto D. Hadriani toll.* Dieses Rechtsmittel steht jedem Erben zu, welcher sich auf ein Testament berufen kann, quod vitio visibili non laborat und ist auf den provisorischen Besitz der Erbschaft gerichtet, welchen der Erbe so lange fortsetzen kann, bis der Gegner auf gerichtlichem

Wege seine Rechte dargethan hat: L. 2. u. 3. C. *de Edicto diui Hadr. toll.* — Irrig ist die Ansicht einiger Juristen, welche in dem erwähnten Rechtsmittel ein Ueberbleibsel der missio in bona finden wollen. Denn diese brachte bey den Römern ein pignus und zwar ein pignus praetorium hervor, von welchem aber bey jenem Rechtsmittel gar nicht die Rede ist, weil dasselbe zwar auf eine missio in possessionem, keinesweges aber auf eine missio in bona gerichtet wird.

Zweytes Capitel.

Von Vermächtnissen.

Erste Abtheilung.

Vom Begriffe und der rechtlichen Natur der Codicille.

§. 604.

1. Begriff.

Codicillus: vltima voluntas minus sollemnis. (§. 525.) Daß ein letzter Wille ein minder feyerlicher sey, kann daraus abgenommen werden, wenn er keine directa heredis institutio enthält, welche, wie bereits oben gesagt wurde, das ausschließliche Kennzeichen eines Testamentes ist. Gleichwie aber in einem codicillus keine Erbeinsetzung vorkommen darf, so ist auch jede substitutio directa und jede exheredatio davon ausgeschlossen: §. 2. Inst. *de Codicill.* Auch darf der Testator dem in einem Testamente eingesetzten Erben nicht in einem Codicille die Bedingung vorschreiben, unter welcher er Erbe werden soll: ibid. u. L. 6. pr. D. *de Iure codicill.* Der Begriff des Codicilles ist also auf diejenigen letztwilligen Verordnungen beschränkt, welche nicht mit der Erbeinsetzung zusammenhängen, nämlich auf Legate, Fideicommisse, Schenkungen auf den Todesfall und mortis caussa capiones, welche sämmtliche Gattungen minder feyerlicher letzter Willen mit dem allgemeinen Namen der Vermächtnisse bezeichnet werden. Doch ist es dem Testator allerdings gestattet, sich in seinem Testamente auf einen daneben bestehenden codicillus zu beziehen und in diesem letztern den Namen des Erben oder den Antheil zu bestimmen, welchen derselbe bekommen soll: L. 77. D. *de Here-*

dib. inst. So kann auch der Testator mehrere Codicille zu verschiedenen Zeiten errichten, welche dennoch alle neben einander gültig sind, dafern sie einander nicht widersprechen, denn in diesem Falle hat der später errichtete codicillus den Vorzug: L. 3. C. *de Codicill.* Endlich muß Derjenige, welcher einen gültigen codicillus errichten will, die testamenti factio actiua haben: L. 6. §. 3. *de Iure codicill.* (§. 569.)

Man darf aber nicht glauben, daß Vermächtnisse nur in einem codicillus enthalten seyn könnten. Dieselben werden vielmehr in den meisten Fällen gültiger Weise gleich im Testamente mit angeführt, was um so natürlicher ist, da die Feyerlichkeiten des Codicilles schon in denen des Testamentes mit begriffen sind.

§. 605.

2. Eintheilungen.

Die codicilli sind entweder testamentarii, oder codicilli ab intestato, jenachdem sie ein Testament voraussetzen, mit welchem sie stehen und fällen: L. 3. §. 2. D. *de Iure codicill.* u. L. 16. in fin. D. *eod.*, oder auf ein solches keinen Bezug nehmen. Jene sind stets an den eingesetzten, diese an die Intestat-Erben gerichtet, welche nun die Pflicht auf sich haben, sie in Ausführung zu bringen: L. 3. pr. D. *eod.* — L. 13. §. 1. D. *eod.* — Die codicilli testamentarii werden in testamento *confirmatos* und *non confirmatos* eingetheilt und erstere sind entweder *in praeteritum* oder *in futurum* confirmati, jenachdem sie vor oder nach dem Testamente errichtet worden sind, welches auf sie hinweist: L. 18. D. *eod.* Aber es mögen nun die testamentarischen Codicille bestätigt seyn, oder nicht, so haben sie doch gleiche Gültigkeit: §. 1. Inst. *de Codicill.* L. 16. D. *de Iure codicill.* nur mit der einzigen Ausnahme, daß die Ernennung eines Vormundes bloß in einem codicillus testamento confirmatus enthalten seyn darf: L. 3. pr. D. *de Testam. tut.*

§. 606.

3. Form.

Die Form der Codicille kann, wie die der Testamente, eine doppelte seyn, jenachdem sie mit öffentlicher Auctorität bekleidet, oder ohne Concurrenz der Obrigkeit errichtet worden sind. Sie werden daher, gleich den Testamenten, in codicillos *publicos*

und *priuatos* getheilt. Ueber die ersteren gelten dieselben Grundsätze, wie über die öffentlichen Testamente (§. 533.), die Privat-Codicille hingegen müssen vor fünf hierzu besonders aufgeforderten Zeugen und unter Beobachtung der vnitas contextus errichtet werden: L. vlt. §. 3. C. *de Codicill.* Die Zeugen aber müssen denselben Eigenschaften entsprechen, welche für einen Testaments-Zeugen erforderlich sind, da der Zweck des Rechtsgeschäftes derselbe ist. Zu schriftlichen Privat-Codicillen ist die Unterschrift der Zeugen nothwendig: L. vlt. §. 3. *cit.* dahingegen die Untersiegelung wegbleiben kann. Wegen der Unterschrift des Testator ist dasselbe zu beobachten, was oben (§. 536.) über die Unterschrift bey Testamenten gesagt worden ist: L. 28. §. 1. C. *de Testam.*

Eine wichtige Ausnahme von der bis jetzt erklärten Codicillar-Form ist in der L. vlt. C. *de Fideicomiss.* enthalten und kommt unter dem Namen des fideicommissum praesente herede relictum vor. Unter diesem ist aber jeder letzte Wille zu verstehen, welchen der Testator seinem Erben, es möge nun derselbe ein Testaments- oder Intestat-Erbe seyn, als besondern Auftrag anvertraut hat. Ein solcher letzter Wille ist selbst dann gültig, wenn man sich weder auf die Handschrift des Testator noch auf die Gegenwart von Zeugen berufen kann, weshalb denn dem Erben der Eid angetragen werden kann, dafern sich nur aus den Umständen eine hinreichende Vermuthung ergiebt, daß der Erblasser eine solche Verfügung getroffen habe.

Zweyte Abtheilung.

Von Legaten.

§. 607.

1. Begriff.

Legatum (Vermächtniß im engern Sinne): vltima voluntas minus sollemnis, qua res singularis alicui ita relinquitur, vt persona interposita absit: L. 116. pr. D. *de Legat. I.* In dieser Gesetzstelle wird das legatum als eine delibatio hereditatis bezeichnet, d. h. als eine Verringerung der Erbschaft, indem der Erbe Das, was als Legat ausgesetzt worden ist, nicht für sich behalten darf, sondern dem legatarius (Vermächtnißnehmer) ausantworten muß.

Der Begriff des Legates hat folgende Erfordernisse:

1) es ist ein minder feyerlicher letzter Wille, im Gegensatze der Erbeinsetzung, weshalb denn die Wirkung niemals eine successio *vniuersalis*, sondern stets nur eine successio *singularis* seyn kann: pr. u. §. 1. Inst. *de Legat.*,

2) der Gegenstand des Legates kann entweder eine Sache: §. 21. Inst. *eod.* oder auch eine Handlung seyn, welche der Erbe zu Gunsten des legatarius vorzunehmen hat: L. 12. D. *de Legat. III.*,

3) der Erblasser darf nicht eine Mittelsperson ernannt haben, durch welche der Legatar die Sache erhalten solle, er darf also nicht verba *obliqua*, z. B. ich trage meinem Erben auf, daß er dem Titius mein Reitpferd übergebe, sondern er muß verba *directa* gebraucht haben, z. B. ich vermache dem Titius mein Haus, so daß der Legatar die ihm vermachte Sache unmittelbar vom Testatar empfängt, obwohl der Erbe es ist, welcher das Legat auszahlt, weil nur dieser den Erblasser repräsentirt: L. 36. pr. L. 115. u. 118. D. *de Legat. I.*

§. 608.

2. Errichtung der Legate.

Zur gültigen Errichtung eines Legates ist erforderlich:

1) daß der Erblasser die testamenti factio actiua habe: L. 6. §. 3. D. *de Iure codicill.*

2) daß dem legatarius die testamenti factio passiua zustehe: §. 24. Inst. *de Legat.* Hiervon ist jedoch das legatum alimentorum ausgenommen, denn dieses kann auch solchen Personen hinterlassen werden, welche nicht erbfähig sind: L. 11. D. *de Alim. et cibar. leg.*,

3) daß, wenn der Gegenstand des Legates eine Sache ist (dieselbe sey nun körperlich oder unkörperlich: §. 21. Inst. *de Legat.*), diese sich in commercio befinde: L. 39. §. 8—10. u. L. 40. D. *de Legat. I.*, wenn er aber in einer Handlung besteht, dieselbe eine mögliche und erlaubte seyn muß: L. 112. §. 3. D. *eod.* und

4) wenn das Legat nicht in einem Testamente enthalten ist: die sollemnitas codicilli: L. 8. §. 5. D. *de Iure Codicill.*

Derjenige, welcher ein Vermächtniß im weitern Sinne, wozu also auch Fideicommisse rc. gehören, auszuzahlen oder überhaupt in

Ausführung zu bringen hat, braucht nicht allemal der Erbe zu seyn, sondern es kann Jeder, welcher etwas aus der Erbschaft bekommt, also auch ein legatarius oder fideicommissarius, damit beauftragt werden, wofür die Quellen den Ausdruck gebrauchen: aliquid ab aliquo legare s. ab aliquo fideicommittere: L. 92. §. 2. D. *de Legat. I.* nur ist in jedem Falle der Grundsatz zu beachten: nemo est magis onerandus, quam fuit honoratus: L. 114. §. 3. D. *eod.* — Wenn aber der Erblasser Niemandem einen besondern Auftrag zur Vollstreckung des Legates gegeben hat, so liegt dieselbe jederzeit dem Erben, als Demjenigen ob, welcher den Testator repräsentirt. Aber auch dem Erben selbst kann ein Legat hinterlassen werden, insofern er ein Miterbe ist, welcher sich, nach Anordnung des Testator, irgend etwas vor den übrigen Erben aus dem Nachlasse wegnehmen kann: L. 77. §. 19. D. *de Legat. II.* Ein solches Legat wird praelegatum oder auch legatum praeceptionis genannt: L. 16. C. *de Fideicomm.*

§. 609.

3. Einzelne, ausgezeichnete Gattungen von Legaten:

a. legatum speciei et generis.

Das legatum speciei unterscheidet sich vom legatum generis und quantitatis (§. 382.) durch den Grundsatz: genus et quantitas numquam pereunt. Dieß deutet an, daß, wenn die species legata durch Zufall untergegangen ist, der legatarius keine andere Sache fordern kann, weil ihm nur das Eigenthum an einem Individuum vermacht worden war (debitor speciei per casualem eius interitum ab obligatione sua liberatur): §. 16. Inst. *de Legat.* u. L. 47. §. 4. D. *de Legat. I.*, daß aber, wenn die vermachte Sache ein genus oder eine quantitas war, der legatarius sein Recht geltend machen kann, obwohl solche Sachen, welche sich in dem Vermögen des testator befunden haben, durch Zufall untergegangen sind.

Das legatum generis ist nur dann gültig, wenn das genus ein proximum s. infimum, nicht aber, wenn es ein remotum s. summum ist: L. 71. pr. D. *de Legat. I.* Im erstern Falle kann sich, wenn der Testator nicht selbst einer bestimmten Person den Auftrag dazu gegeben hat, der Legatar aus den in der Erbschaft befindlichen Sachen der bezeichneten Art eine auswählen: §. 22. Inst. *de Legat.*, nur darf es nicht die beste seyn: L. 37. pr. u. §. 1. D. *de Legat. I.* Wenn hingegen der Erblasser dem Lega-

tar ausdrücklich die Wahl frey gestellt hat, so entsteht der Begriff des legatum *optionis* s. *electionis*, welches den Legatar dazu berechtigt, sich die beste von allen vorhandenen Sachen zuzueignen: §. 23. Inst. *de Legat.* u. L. 20. D. *de Opt. leg.* Hat aber der Testator die Wahl dem Erben überlassen, so darf dieser wenigstens nicht die schlechteste der vorhandenen Sachen übergeben: L. 110. D. *de Legat. I.* Ist endlich nur unter zwey Gegenständen zu wählen, so wird das Vermächtniß legatum *alternativum* genannt.

Das legatum generis unterscheidet sich wieder von dem legatum quantitatis dadurch, daß letzteres nur res fungibiles zum Gegenstande haben kann.

§. 610.

b. Legatum partitionis.

Legatum partitionis: quo legatario pars quota hereditatis relinquitur: §. 5. Inst. *de Fideicomm. hered.* Hier besteht also das Legat z. B. in einem Drittheile, der Hälfte rc. der Erbschaft. Der legatarius partiarius ist, obwohl ihm der Testator einen intellectuellen Theil der ganzen Erbschaft hinterlassen hat, dennoch keineswegs als Miterbe zu betrachten, weil er nur titulo singulari, nicht aber durch Einsetzung zu der Erbschaft gerufen worden ist. Er muß also zwar zu allen passiuis nach Verhältniß seines Antheiles beytragen, kann auch zu seinem Antheile auf alle actiua, selbst auf die, welche vielleicht später erst zum Vorschein kommen, Anspruch machen, zu welchem Zwecke im ältern R. R. zwischen ihm und dem Erben die stipulatio partis et pro parte eingegangen wurde, aber dieß geht nur aus dem Grundsatze hervor: bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno. Daher kann der legatarius partiarius

1) weder die Rechtsmittel gebrauchen, welche dem Erben zustehen, noch mit denselben belangt werden. Vielmehr hat er die Auszahlung Dessen, was auf seinen Antheil fällt, nur von dem Erben, nie von einem Dritten zu verlangen, braucht aber auch den Gläubigern der Erbschaft für seine Person nicht zu haften und

2) er kann auf den Fall, daß ein Erbe wegfällt, niemals das ius adcrescendi ausüben.

§. 611.

c. Legatum rei alienae.

Eine eigenthümliche Bestimmung des R. R. ist, daß der Testator auch eine solche Sache vermachen kann, welche nicht **ihm**, sondern einer andern Person angehört, vorausgesetzt, daß er nicht im Irrthum ist, sondern recht wohl weiß, daß die Sache eine **fremde** sey: §. 4. Inst. *de Legat.* In diesem Falle ist der Erbe verbunden, die Sache für den wahren Taxwerth zu kaufen, dafern sie der Eigenthümer veräußern will, außerdem aber den Taxwerth an den legatarius zu bezahlen: ibid. — Da es nun dem Testator gestattet ist, eine fremde Sache zu vermachen, so kann es sich leicht ereignen, daß der legatarius dieselbe Sache zur Zeit, in welcher der Erblasser starb, bereits erworben hatte. Ist dieß titulo lucratiuo, also durch Schenkung oder durch Vermächtniß von Seiten eines andern Testator geschehen, so kann der Legatar nicht auch noch den **Werth** der Sache vom Erben verlangen, denn es gilt der **Grundsatz**: duae lucratiuae caussae in eundem hominem et eandem rem concurrere non possunt: §. 6. Inst. *de Legat.* Hatte aber der Legatar die Sache titulo oneroso, also z. B. durch Kauf erworben, so ist der Erbe allerdings verbunden, ihm den Werth der Sache zu bezahlen: L. 108. §. 4. D. *de Legat. I.* Wenn endlich dem Legatar dieselbe Sache von zwey verschiedenen Testatoren vermacht worden war und er hatte nach dem Tode des einen die Sache selbst schon erhalten, so kann er nach dem Tode des andern nicht noch den Werth verlangen, im umgekehrten Falle kann er aber allerdings noch auf die Sache selbst Anspruch machen, dafern sich der Eigenthümer derselben entäußern will. Denn es handelt sich um die Erfüllung des letzten Willens: §. 6. Inst. *de Legat.*

§. 612.

d. Legatum rerum incorporalium.

Zu den **unkörperlichen** Sachen, welche vermacht werden können, gehören folgende:

1) **Servituten** und zwar sowohl **dingliche**, als **persönliche**: §. 4. Inst. *de Seruit. praed.* u. §. 1. Inst. *de Vsufr.* (§. 452.),

2) das **Pfandrecht**: L. 26. pr. D. *de Pignorat. act.*,

3) das Recht auf jährliche oder überhaupt terminliche Einkünfte (legatum alimentorum et annuorum redituum). Beym letztgenannten Legate ist zu bemerken, daß jede terminliche Zahlung der Renten als ein besonderes und für sich bestehendes Legat zu betrachten ist: L. 10. D. *Quando dies legat. ced.* Dieß ist so zu verstehen, daß man bey jedem legatum annuorum redituum die stillschweigende Bedingung annehmen muß: dafern der Legatar die verschiedenen Termine der Auszahlung erlebt, weshalb denn eigentlich nur der erste Termin als ein legatum *purum* betrachtet werden kann: L. 4. D. *de Ann. leg.*

4) Forderungen. Solche Legate können unter verschiedenen Gestalten vorkommen:

a. legatum *nominis,* wodurch der Testator Jemandem eine außenstehende Schuld hinterläßt, dergestalt, daß der Legatar als Cessionar anzusehen ist und die Schuld zu seinem Nutzen einklagen kann: §. 21. Inst.. *de Legat.,*

b. legatum *liberationis,* durch welches der Testator dem legatarius Dasjenige erläßt, was dieser ihm schuldig ist: §. 13. Inst. *eod.* und

c. legatum *debiti,* kraft dessen der Testator seinem Gläubiger die Summe oder Sache vermacht, die er ihm schuldig ist: §. 14. u. 15. Inst. *eod.* Dieses Legat kann mannigfaltigen Nutzen gewähren:

α. der legatarius ist des Beweises überhoben, so daß er das Legat auch dann fordern kann, wenn die Forderung gar nicht existirt. Doch wird für diesen Fall vorausgesetzt, daß der Testator eine bestimmte Summe oder einen bestimmten Gegenstand bezeichnet habe, den er dem legatarius schuldig sey: L. 25. in fin. D. *de Liberat. leg.,*

β. der Legatar kann die Zahlung, welche erst später fällig gewesen wäre, nunmehr sogleich und Das, was er nur bedingungsweise hätte fordern können, jetzt pure, also ohne Rücksicht auf die Bedingung, verlangen: §. 14. Inst. *de Legat.,*

γ. der Legatar oder Gläubiger braucht nun zu seiner Befriedigung nicht mehr auf das mit dem Testator abgeschlossene Geschäft einzugehen, sondern kann unmittelbar die actio personalis ex testamento gebrauchen: L. 11. D. *de Liberat. leg.,*

δ. er erwirbt durch dieses Legat ein stärkeres Recht, als ihm bisher seine Forderung gewährte, nämlich ein pignus tacitum

speciale: L. 1. C. *Comm. de Legat.*, kann also nun die actio hypothecaria anstellen (§. 497.),

ε. Derjenige, welcher das legatum debiti auszuzahlen hat, kann sich keinesweges der Exceptionen bedienen, durch welche der Testator die Klage seines Gläubigers hätte vereiteln können: L. 13. D. *de Liberat. leg.*,

ζ. von einem legatum debiti darf die quarta Falcidia nicht abgezogen werden: L. 28. §. 1. D. *de Legat. I.* Endlich kann dieses Legat auch

η. einem Dritten Nutzen gewähren, wie z. B. einem Miterben, wenn die Forderung wirklich existirt, der Erblasser aber einem andern Miterben die alleinige Tilgung derselben aufgetragen hat: L. 7. §. 3. D. *de Liberat. leg.*, oder wenn ein Bürge zu Gunsten des Hauptschuldners ein solches Legat hinterläßt: L. 49. §. 6. D. *de Legat. I.*

Ein gewöhnliches Beyspiel des legatum debiti ist die dos relegata, welche auch zugleich praelegata seyn kann: §. 276.

§. 613.

4. Von der Erwerbung und Auszahlung der Legate.

Hierüber sind folgende Grundsätze zu merken:

1) ein Legat kann eben so wohl unter einer Bedingung als pure erworben werden und es gelten über die Bedingungen im Allgemeinen dieselben Regeln, welche oben (§. 548.) in der Lehre von der Erbeinsetzung aufgestellt worden sind. Nur ist hier noch hinzuzufügen, daß ein Legat, wenn dessen Bedingung noch vor des Erblassers Tode in Erfüllung geht, hierdurch in ein unbedingtes verwandelt wird und der Legatar dasselbe gleich nach dem Tode des Testator in Anspruch nehmen kann, daß aber im entgegengesetzten Falle der Legatar nicht eher ein Recht auf das Legat erhält, als wenn die Bedingung erfüllt worden ist: L. 5. §. 2. D. *Quando dies legat.* Daher kann aber auch das Legat nicht auf die Erben des legatarius übergehen, wenn dieser vor Erfüllung der Bedingung gestorben ist: L. 4. pr. D. *eod.*,

2) der Testator kann seinem Erben oder einem Vermächtnißnehmer die Auszahlung eines Legates auch für den Fall aufgeben, daß jener seinem letzten Willen zuwider handeln würde, daher das legatum *damnationis s. poenae nomine relictum*: §. 36. Inst. *de Legat.*,

3) eben so, wie die **Erbschaft**, kann auch ein **Legat** sub modo, caussa und demonstratione hinterlassen werden: §. 550. u. §. 551.,

4) hinsichtlich der **Zeit**, zu welcher der Legatar sein Recht erwirbt und geltend machen kann, ist zwischen dem dies *cedens* und *veniens* zu unterscheiden: L. 213. D. *de V. S.* (§. 147.) Der dies cedens ist dann vorhanden, wenn der Legatar das Recht auf ein Vermächtniß dergestalt erworben hat, daß er dasselbe auf seine Erben **transmittiren** kann, der dies veniens aber, wenn er die **Auszahlung** des Legates verlangen kann. Also:

a. dies cedit. Bey **unbedingten** Vermächtnissen ist dieß in dem Augenblicke der Fall, in welchem der Testator **gestorben** ist: L. 5. §. 1. D. *Quando dies legat.*, es müßte denn der Gegenstand des Legates ein ius personalissimum seyn, welches nicht auf die Erben übergeht, wie z. B. der vsusfructus, denn dann ist der dies cedens erst vorhanden, wenn der Erbe die Erbschaft angetreten hat: L. 2. D. *eod.* — Bey **bedingten** Vermächtnissen hängt, wie bereits oben gesagt wurde, der dies cedens von der Erfüllung der Bedingung ab: L. 5. §. 2. *eod.*,

b. dies venit. Dieser tritt sowohl bey bedingten, als unbedingten Vermächtnissen stets nur in dem Augenblicke ein, in welchem der Erbe die Erbschaft angetreten hat, es müßte denn der Testator einen noch spätern Termin für die Auszahlung festgesetzt haben: L. 32. pr. D. *de Legat. II.*

5) Wenn nun der dies veniens eingetreten ist, so kann zwar der Legatar von diesem Augenblicke an verlangen, daß der Erbe das ihm vom Testator zugedachte Recht auf ihn übertrage, allein er erwirbt dieses Recht nicht eher, als bis der Erbe diese Uebertragung wirklich vorgenommen hat, was besonders für das legatum partitionis (§. 610.) und für das legatum nominis (§. 612.) von Wichtigkeit ist, bey welchem letztern der Legatar nach strengem Rechte die ihm vermachte Forderung nicht eher geltend machen oder einklagen kann, als bis ihm dieselbe vom Erben **cedirt** worden ist: §. 21. Inst. *de Legat.*, obwohl ihm das neuere R. R. für diesen Fall actiones *vtiles* ertheilt: L. 18. C. *de Legat.* Dieser Uebertragung von Seiten des Erben bedarf es jedoch nicht:

a. wenn der Gegenstand des Legates eine species ist, die sich im **Eigenthume** des Erblassers befand, denn in diesem Falle hat der transitus dominii legalis mit der Wirkung Statt, daß

der Legatar gegen jeden Besitzer der Sache die rei vindicatio anstellen kann: L. 80. D. *de Legat. II.*, weshalb ein solches Vermächtniß legatum *vindicationis* genannt wird und

b. wenn die vermachte Sache ein ius in re aliena ist, z. B. eine Servitut. Denn auch hier tritt ein transitus legalis ein: L. vlt. D. *de Seruit. leg.* u. L. 19. §. 1. D. *Quemadm. seruit. amitt.*

6) Zu Erwerbung eines Vermächtnisses kann in der Regel Niemand gezwungen werden, es steht vielmehr einem Jeden frey, das ihm angefallene Legat entweder anzunehmen (agnoscere) oder auszuschlagen (repudiare): L. 44. §. 1. D. *de Legat. I.* Durch das Ausschlagen des Vermächtnisses verliert der Legatar das ihm angefallene Recht gänzlich, es müßte denn auf verschiedenen letzten Willen beruhen. Wenn z. B. Jemand ein Legat, welches ihm in einem Testamente vermacht worden ist, ausgeschlagen hat, so kann er dennoch dasselbe Legat annehmen, wenn es ihm noch außerdem in einem codicillus ausgesetzt ist: L. 101. D. *de Legat. I.* Doch ist es keinem legatarius gestattet, das ihm deferirte Legat zum Theile anzunehmen, zum Theile auszuschlagen: L. 38. pr. D. *eod.*, was aber nicht auf mehrere, verschiedene Legate zu beziehen ist, die derselben Person vermacht werden: L. 5. pr. D. *de Legat. II.*

§. 614.

5. Von der quarta Falcidia:

a. Abzug derselben.

Wenn der Erbe mit Vermächtnissen im weitern Sinne allzusehr beschwert ist, so hat er nach Vorschrift der Lex Falcidia v. J. 714. das Recht, ein Viertheil der Erbschaft für sich zu behalten und demgemäß jedem Vermächtnißnehmer einen verhältnißmäßigen Abzug zu machen: Nou. 1. c. 2. — Dieses Recht steht allen Erben ohne Unterschied zu, mithin 1) dem eingesetzten Erben, 2) dem heres substitutus, 3) dem Intestat-Erben, 4) dem Käufer der Erbschaft, weil dieser gänzlich an die Stelle des Erben tritt und 5) dem Miterben. Dieser kann die quarta Falcidia von der ihm hinterlassenen Erbportion abziehen, wenn dieselbe allzusehr mit Vermächtnissen beschwert ist, während die übrigen Miterben unbeschwerte Portionen empfangen haben, so daß die Erb-

schaft im Ganzen nicht als beschwert betrachtet werden kann: §. 1. Inst. *de Lege Falcid.*

Hinsichtlich des Miterben kommt aber hier ein besonderes Verhältniß in Frage. Nämlich, wie ist es dann, wenn der Miterbe in Bezug auf die portio vacua eines coheres deficiens das ius adcrescendi ausübt? wozu er doch bekanntlich gezwungen ist. (§. 594.) Kann er dann von der beschwerten Erbportion, entweder von seiner eigenen, ursprünglichen, oder von der ihm anwachsenden, jenachdem die eine oder die andere beschwert ist, die quarta Falcidia abziehen oder nicht? Hier gilt die Regel: si portio grauata adcrescit non grauatae, quarta Falcidia deducitur, si portio non grauata adcrescit grauatae, quarta Falcidia non deducitur: L. 78. D. *Ad leg. Falcid.* Denn wenn derjenige Miterbe das ius adcrescendi ausüben muß, welchem der Testator eine unbeschwerte Portion hinterlassen hatte, so nimmt man an, es sey der Wille des Erblassers, daß dieser Miterbe unter keinem Verhältnisse benachtheiligt werden solle, wenn aber ein solcher Miterbe dieses Recht ausübt, welchem der Testator gleich ursprünglich eine beschwerte Portion hinterlassen hatte, die anwachsende Portion aber eine unbeschwerte ist, so wird der ursprüngliche Nachtheil durch die Ausübung des ius adcrescendi wieder ausgeglichen und der Miterbe darf von seiner ursprünglichen, beschwerten Portion die quarta Falcidia nicht abziehen.

Sollten die Notherben so sehr mit Vermächtnissen beschwert seyn, daß ihnen nicht einmal der Pflichttheil übrig bliebe, so können sie nach R. R. den Legatarien so viel abziehen, als zur Erfüllung des Pflichttheiles gehört: L. 10. C. *Ad leg. Falcid.*, nach canonischem Rechte aber können sie nicht nur ihren Pflichttheil ungekürzt verlangen, sondern auch noch außerdem die quarta Falcidia abziehen: c. 16. u. 18. X. *de Testam.* Diese beyden Gesetze sind die berühmten capita der Decretalen: Raynutius und Raynaldus.

Endlich sind dem Abzuge der Falcidia alle Vermächtnisse jeder Art unterworfen, mithin auch die mortis caussa donationes und capiones, wie der Kaiser Septimius Seuerus ausdrücklich verordnet hat: L. 5. C. *Ad leg. Falcid.*

§. 615.

b. Rechtsmittel des Erben.

Damit sich aber der Erbe seine quarta Falcidia auch wirklich abziehen könne, stehen ihm nach Vorschrift der Gesetze folgende Mittel zu Gebote:

1) wenn der Erbe die Vermächtnisse noch nicht ausgezahlt hat, so kann er an denselben bis zu seiner Befriedigung das ius retentionis ausüben: L. 14. §. 1. D. *Ad leg. Falcid.*

2) wenn sich aber der Vermächtnißnehmer aus irgend einem Grunde schon im Besitze des Legates befindet, so hat der Erbe *theils* **Klagen**, theils auch ein besonderes **Interdict**. Die Klagen sind: a. rei vindicatio, wenn der Gegenstand des Vermächtnisses eine species ist: L. 26. pr. D. *eod.* b. die condictio sine causa oder actio in factum, wenn das Legat in rebus fungibilibus besteht: L. 1. §. 11. D. *eod.* u. L. 77. §. 2. *de Legat. II.* Das possessorische Rechtsmittel ist aber das interdictum quod legatorum, welches voraussetzt, daß der Vermächtnißnehmer sich eigenmächtig den Besitz des Legates verschafft hat und ein interdictum recuperandae possessionis ist, also darauf gerichtet wird, daß der Legatar die Sache dem Erben zurückgebe, damit dieser sie so lange retiniren könne, bis er wegen seiner quarta Falcidia vollständig befriedigt sey: L. vn. C. *Quod legator.*

§. 616.

c. Berechnung der quarta Falcidia.

Wenn die quarta Falcidia abgezogen werden soll, so ist erst der Bestand der Erbschaft zu ermitteln, wie er zur **Zeit des Todes** des Testator war. Wenn dann dem Erben nicht der **vierte Theil** der Erbschaft übrig bleibt, die Vermächtnisse *also* **drey Viertheile** der Erbschaft übersteigen, so kann der Erbe jenes Recht ausüben. Sollte sich jedoch **späterhin** vor Antritt der Erbschaft diese durch widrige Umstände vermindern, so thut dieß den Vermächtnißnehmern keinen Eintrag: §. 2. Inst. *de Lege Falcid.* — Uebrigens müssen bey der Berechnung der quarta alle Schulden, so wie die Krankheits- und Begräbnißkosten von der Erbschaft abgezogen werden und was sich dann noch als reinen Betrag ausweist, verbleibt zu einem **Viertheil** dem Erben: §. 3. Inst. *eod.* — In diese quarta muß sich der Erbe alles

Dasjenige einrechnen lassen, was er als Erbe, d. h. titulo institutionis in Anspruch nehmen kann, keinesweges aber Das, was er als Legatar zu bekommen hat, also die Prälegate. Diese letztern erhält er außer seinem Viertel, jedoch nach Abzug Dessen, was auch einem andern legatarius gekürzt werden würde, der sich die deductio quartae Falcidiae gefallen lassen muß: L. 74. D. *Ad leg. Falcid.*

Ueber die Berechnung der quarta Falcidia beym legatum annuorum redituum (§. 612.) enthält die L. 68. D. *eod.* sehr specielle Bestimmungen.

§. 617.

d. Fälle, in welchen die quarta Falcidia nicht abgezogen werden kann.

Es giebt aber auch Ausnahmen, in welchen der Abzug der quarta Falcidia wegfällt:

1) wenn der Erbe in einem testamentum militare eingesetzt ist: L. 7. C. *Ad leg. Falcid.*,

2) wenn der Erbe kein inuentarium errichtet hat: L. 22. §. 14. sub fin. C. *de Iure delib.*,

3) wenn der Erblasser den Abzug der quarta Falcidia ausdrücklich oder stillschweigend untersagt hat: Nou. 1. c. 2. §. 2. Stillschweigend geschieht dieß, wenn er die Veräußerung des legirten Gegenstandes verbietet: Nou. 119. c. 11.

4) wenn der Erbe dem Abzuge der quarta ausdrücklich oder stillschweigend entsagt hat. Der letztere Fall tritt ein, wenn er das Legat vollständig ausgezahlt oder die vollständige Entrichtung desselben dem legatarius versprochen hat, ohne sich in errore facti zu befinden: L. 46. D. *Ad leg. Falcid.* Denn der error *iuris* kann dem Erben nicht zu Statten kommen: L. 9. §. 5. D. *de Iur. et fact. ignor.* (§. 132.) Hat aber der Erbe den Abzug ex errore *facti* unterlassen, so kann er gegen den legatarius die condictio indebiti gebrauchen: L. 9. C. *Ad leg. Falcid.*,

5) von legatis ad piam caussam conditis: Nou. 131. c. 12., der Erbe müßte denn selbst eine pia caussa seyn oder der Testator den Abzug ausdrücklich erlaubt haben;

6) von legatis debiti: L. 28. §. 1. D. *de Legat. I.* (§. 612.) und

7) von denjenigen Vermächtnissen, welche der Erbe entweder

abgeläugnet: L. 68. §. 1. D. *Ad leg. Falcid.* oder unterschlagen: L. 24. pr. *eod.* oder durch seine Schuld hat untergehen lassen: L. 59. pr. *eod.*

§. 618.

6. Rechtsmittel, welche den Vermächtnißnehmern zustehen.

Die Rechtsmittel, deren sich die Vermächtnißnehmer im weitern Sinne erfreuen, sind entweder allgemeine, welche allen ohne Unterschied zukommen, oder besondere, welche nur gewisse Legatarien gebrauchen können.

Allgemeine Rechtsmittel sind:

1) actio personalis ex testamento. Diese entspringt aus der aditio hereditatis, als einem quasicontractus: §. 5. Inst. *de Oblig.*, *quae quasi ex contr.* und wird daher gegen den Erben auf Leistung alles Desjenigen angestellt, was der Testator unter dem Titel des Vermächtnisses dem Erben auferlegt hat: L. 84. §. 13. D. *de Legat. I.* u. L. 85. *eod.*,

2) actio hypothecaria gegen jeden Besitzer derjenigen Gegenstände, welche aus der Erbschaft auf den mit Auszahlung des Legates Beauftragten gefallen sind: L. 1. C. *Comm. de legat.* (§. 497.) und

3) interdictum de tabulis exhibendis, welches entweder gegen den Erben selbst, oder gegen jeden Besitzer des Testamentes auf Vorzeigung desselben oder Schadenersatz angestellt werden kann: L. 1. D. *de Tab. exhib.*

Besondere Rechtsmittel sind:

1) rei vindicatio, welche nur Derjenige anstellen kann, dem eine dem Testator eigenthümlich zugehörige species vermacht worden ist: L. 80. D. *de Legat. II.*,

2) actio familiae erciscundae, wenn das Vermächtniß ein praelegatum ist, weil dieses nur einem Miterben vermacht und nur von einem solchen ausgezahlt werden kann: L. 17. §. 2. D. *de Legat. I.*

Endlich ist noch zu bemerken, daß der Erbe von den Vermächtnißnehmern keineswegs gezwungen werden kann, die Erbschaft anzutreten, damit er hierdurch zur Auszahlung der Legate verbindlich werde: L. 17. D. *Si quis om. caus. test.*

§. 619.

7. Ungültigkeit der Legate.

Es giebt drey Hauptfälle, in welchen der Vermächtnißnehmer auf das ihm ausgesetzte Legat keinen Anspruch machen kann: ademtio, translatio und exstinctio legati:

1) *ademtio*: reuocatio legati ab ipso testatore facta: pr. Inst. *de Ademt. legat.* Kraft der Rechtsregel: ambulatoria est voluntas hominum vsque ad mortem: L. 4. in fin. D. *de Adim. vel transf. legat.* ist der Testator ermächtigt, nicht nur Erbeinsetzungen, sondern auch Vermächtnisse jeder Art nach Willkühr zurück zu nehmen: L. 6. §. 2. D. *de Iure codicill.* Dieß Letztere kann aber geschehen:

a. ausdrücklich:

α. in einem später errichteten Testamente oder Codicille: pr. Inst. *de Ademt. leg.* und

β. durch jede Erklärung des Erblassers, deren Existenz bewiesen werden kann: L. 3. §. 11. D. *de Adim. vel transf. leg.* u. L. 27. C. *de Fideicomm.* Also reichen zur Gültigkeit der ademtio zwey glaubwürdige Zeugen hin;

b. stillschweigend:

α. wenn der Testator in seinem Testamente oder Codicille die Stelle ausstreicht, in welcher das Vermächtniß enthalten ist: L. 16. D. *de Adim. vel transf. legat.*,

β. wenn er die Sache noch bey Lebzeiten verschenkt: L. 18. D. *eod.*,

γ. wenn er sie auf eine andere Weise veräußert, ohne durch Dürftigkeit dazu genöthigt worden zu seyn, denn hat er sie aus Noth verkauft, so bleibt das Legat bey Kräften: L. 11. §. 12. D. *de Legat. III.*,

δ. wenn er die Sache vernichtet: L. 88. §. 2. D. *eod.*,

ε. wenn er sie specificirt, also der Sache eine völlig neue Gestalt giebt: L. 65. §. 2. D. *de Legat. I.*

ζ. wenn er die vermachte, außenstehende Schuld (nomen) noch bey Lebzeiten eincassirt: §. 21. Inst. *de Legat.* und

η. wenn er den Zweck widerruft, zu welchem er das Legat errichtet hatte, wie z. B. wenn er Jemandem eine Summe Geldes vermacht hatte, damit ihn dieser an einem entfernten Orte

begraben lasse, später aber anordnet, daß man ihn an dem Orte beerdigen solle, wo er sterben würde: L. 30. §. 2. D. *de Adim. vel transf. legat.*

2) *translatio*: quaelibet mutatio legati saluo tamen iure legati facta: §. 1. Inst. *de Ademt. legat.* Unter dieser ist jede Veränderung zu verstehen, welche mit dem Legate vorgeht, jedoch dergestalt, daß das Legat selbst bey Kräften bleibt. Sie kann eintreten:

a. in der Person des legatarius, so daß der Testator die fragliche Sache einer andern Person vermacht, als welcher er sie früher bestimmt hatte: §. 1. *cit.*,

b. in der Person Dessen, welchem die Auszahlung des Legates auferlegt war: L. 6. §. 1. D. *de Adim. vel transf. legat.* Hier sagt der Testator, daß der Legatar nicht, wie er es vorher bestimmt habe, die ihm vermachte Summe vom Miterben Titius, sondern vom Miterben Sempronius empfangen solle,

c. in Hinsicht auf den Gegenstand des Vermächtnisses, so daß der Erblasser dem Legatar eine andere Sache bestimmt, als welche er ihm früher ausgesetzt hatte: L. 6. §. 2. *eod.* und

d. in Bezug auf Bedingungen, Zeitbestimmungen, Grund oder Zweck des Legates, so daß der Testator z. B. Das, was er unter einer Bedingung vermacht hatte, nunmehr pure hinterläßt: L. 6. pr. *eod.*

Die translatio legati enthält nicht nur eine ademtio legati, sondern auch stets die Errichtung eines neuen Legates und muß daher entweder in einem Testamente oder vor fünf Zeugen ausgesprochen werden. (Vgl. §. 606.)

3) *exstinctio*: quilibet modus, quo legatum *citra voluntatem* testatoris vi sua destituitur. Diese kann auf drey verschiedenen Gründen beruhen:

a. auf dem Gesetze selbst. Vgl. §. 606. u. §. 608.

α. wenn der Testator keine testamenti factio actiua hatte,

β. wenn der legatarius keine testamenti factio passiua hatte,

γ. wenn das Vermächtniß nicht unter der gehörigen Form errichtet worden ist,

δ. wenn der Gegenstand des Vermächtnisses sich nicht in commercio befindet,

ε. wenn der Legatar mit Abfassung desjenigen Testamentes zu thun gehabt hat, in welchem das Vermächtniß enthalten ist. Ein solches Legat wurde schon durch das SC. Libonianum für ungültig erklärt: L. 6. u. 15. pr. D. *de Lege Corn. de fals.* und

ζ. wenn das Testament, in welchem das Legat enthalten ist, gänzlich umgestoßen wird: L. 17. D. *de Iniusto, rupto test.*

Ist nun ein Vermächtniß vermöge des Gesetzes ungültig, so bleibt es ein solches, wenn auch der Grund der Ungültigkeit späterhin weggefallen ist, wie dieß die bereits oben erwähnte regula Catoniana vorschreibt: L. 1. pr. D. *de Regula Caton.* „quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis conualescere": L. 29. D. *de R. I.* — Doch muß man heut zu Tage die Gültigkeit solcher Legate behaupten, weil die regula Catoniana bey fideicommissis singularibus niemals gegolten hat, letztere aber von Justinian den Legaten gleichgestellt worden sind;

b. auf einer Handlung des legatarius:

α. wenn der Legatar die ihm vermachte Sache schon bey Lebzeiten des Testator titulo lucratiuo erworben hat: §. 6. Inst. *de Legat.*,

β. wenn er das Vermächtniß ausschlägt: §. 613. 6.,

γ. wenn sich der Legatar auf irgend eine Weise des Vermächtnisses unwürdig gemacht, daher bona ereptitia: §. 586. und

δ. wenn der legatarius die conditionem postestatiuam nicht erfüllt, unter welcher ihm das Vermächtniß hinterlassen worden war: L. 27. §. 1. D. *de Condit. inst.*

c. auf dem Zufall:

α. wenn der Legatar vor dem Testator mit Tode abgeht und keine Mitlegatarien hat: L. vn. §. 2. C. *de Caduc. toll.*,

β. wenn er vor Erfüllung der Bedingung stirbt: L. 5. §. 2. D. *Quando dies leg. ced.*,

γ. wenn die vermachte Sache durch Zufall untergeht: §. 16. und

δ. wenn die conditio casualis unerfüllt geblieben ist, unter welcher das Legat hinterlassen worden war: L. 4. C. *de Inst. et subst.*

Dritte Abtheilung.

Von Fideicommissen.

§. 620.

1. Begriff und Eintheilung.

Fideicommissum: vltima voluntas, qua alicui iniungitur, vt id, quod ipsi relictum est, vel in totum, vel pro parte tertio cuidam restituat. Die fideicommissa sind überhaupt von doppelter Art, nämlich entweder vniuersalia s. hereditates fideicommissariae: pr. Inst. *de Fideicommiss. heredit.*, oder singularia: pr. Inst. *de Sing. reb. per fideic. rel.*, jenachdem ihr Gegenstand eine Erbschaft (es sey nun die ganze Erbschaft oder ein intellectueller Theil derselben) oder eine einzelne Sache ist, welche zu der Erbschaft gehört. — Jedes Fideicommiß setzt daher eine persona interposita, eine Mittelsperson voraus, welche auf Veranlassung des Testator die Erbschaft oder einzelne Sache einem Dritten restituiren muß: §. 1. Inst. *eod.* — Das fidecommissum *vniuersale* kann nur dem eingesetzten Erben: §. 1. Inst. *de Fideicomm. heredit.*, das *singulare* hingegen einem Jeden auferlegt werden, welchem irgend etwas vom Testator hinterlassen worden ist: pr. Inst. *de Singul. reb. per fideic. rel.*

Was nun zuvörderst die fideicommissa *singularia* betrifft, so unterscheiden sich diese von den Legaten bloß noch durch die Form, unter welcher sie errichtet werden (§. 607.), nämlich daß der Testator verba obliqua s. precatiua gebraucht habe, denn in der rechtlichen Wirkung hat Justinian die Fideicommisse den Legaten völlig gleich gestellt: L. 2. C. *Comm. de Legat.* und nur die einzige, bereits oben (§. 606.) erklärte Ausnahme zugelassen, welche sich im fideicommissum praesente herede relictum darstellt: L. vlt. C. *de Fideicomm.*

§. 621.

2. Fideicommissum vniuersale:

a. Rechtliche Natur.

Das Universal-Fideicommiß bewirkt allezeit eine successio vniuersalis: L. 58. pr. u. L. 80. in fin. D. *Ad SC. Trebell.* und das Wesentliche desselben besteht darin, daß der Testator

zwar direct einen Erben einsetzt, diesem aber befiehlt, die Erbschaft oder einen Theil derselben einer dritten Person auszuantworten, welche dann in die Rechte des Testator eintreten soll. Diese Verfügung des Testator heißt auch substitutio fideicommissaria (§. 562.) und ist eine substitutio *impropria*, weil sie nicht vom defectus heredis *instituti* abhängt, ja es findet hier sogar das Gegentheil Statt, indem der substitutus in der Regel nicht Erbe werden kann, wenn nicht der institutus die Erbschaft angetreten hat: L. 17. D. *Si quis omissa caus. testam.* — Der Testator kann aber hier eben so, wie bey der substitutio vulgaris, gewisse Abstufungen anordnen, indem er das fideicommissum vniuersale auf mehrere Personen dergestalt richtet, daß dasselbe nach dem Tode des ersten Erben einem zweyten, nach dessen Ableben einem dritten u. s. w. restituirt werde: §. 11. Inst. *de Fideicomm. heredit.* Hier genießt der besitzende Erbe die Erbschaft so lange, als er lebt, muß aber natürlich seinem Nachfolger Caution leisten: L. 69. §. 3. D. *de Legat. II.* Dergleichen fideicommissa nennt man successiua und diese zeigen sich besonders als fideicommissa *familiae*, welche, wenn sie auf sämmtliche, künftige Mitglieder einer bestimmten Familie gerichtet sind, fideicommissa *perpetua* heißen: Nou. 159. c. 2. u. 3. — Endlich kann ein fideicommissum vniuersale auch stillschweigend errichtet werden, wenn der Testator dem eingesetzten Erben aufträgt, wiederum eine andere Person zum Erben einzusetzen: L. 114. §. 6. D. *de Legat. I.*

§. 622.

b. Form und concurrirende Personen.

Die Form der Universal-Fideicommisse ist nach Vorschrift des ältern R. R. die Codicillar-Form (§. 606.), d. h. der Testator kann dem in einem gültigen Testamente eingesetzten Erben, ja sogar dem Intestat-Erben: §. 10. Inst. *de Fideicomm. heredit.* durch einen codicillus die Restitution der Erbschaft auftragen, aber nach Justinianeischem Rechte bedarf es nicht einmal der Codicillar-Form, weil nach diesem auch fideicommissa *vniuersalia* praesente herede relicta als gültig betrachtet werden: §. 12. Inst. *eod.*

Die Personen, welche bey jedem Fideicommisse concurriren, sind:

1) fideicommittens: der Testator, welcher, wie sich von selbst

versteht, die testamenti factio *actiua* haben muß: L. 2. D. *de Legat. I.*,

2) fiduciarius: Der, welchem die Ausantwortung der Erbschaft vom Testator aufgetragen worden ist und welcher nach Obigem der eingesetzte, der Intestat-Erbe, ja auch der fideicommissarius selbst seyn kann: §. 11. Inst. *de Fideicomm. heredit.* Dieser muß die testamenti factio *passiua* haben: arg. L. 67. §. 3. D. *Ad SC. Trebell.* und

3) fideicommissarius: Der, welchem die Restitution geschehen soll und welcher demselben Erfordernisse entsprechen muß: ibid.

§. 623.

c. Pflichten des Fiduciarius.

Weil aber der fideicommissarius sehr leicht um die Erbschaft kommen könnte, wenn der fiduciarius die Erbschaft ausschlüge, so kann der Letztere unbedingt zum Antritte der Erbschaft gezwungen werden: §. 7. Inst. u. L. 17. D. *Si quis omissa caus. testam.* und der fideicommissarius zu diesem Zwecke die actio personalis ex testamento gegen ihn anstellen. Wenn er sich aber dennoch entschieden weigert, die Erbschaft anzutreten, was z. B. Statt finden kann, wenn ihm aus dem Antritte ein offenbarer Nachtheil erwachsen würde: L. 14. §. 5. D. *Ad SC. Trebell.*, so geht die Erbschaft ipso iure auf den fideicommissarius über: L. 7. §. 1. C. *eod.*, dergestalt, daß der fiduciarius aus der Erbschaft weder Rechte erwirbt, noch Verbindlichkeiten übernimmt: L. 4. D. *eod.* — L. 1. §. 6. D. *de Separationib.*

Hat aber der fiduciarius die Erbschaft angetreten, so ist er zur Restitution derselben verbunden, welche nichts weiter, als eine bestimmte Erklärung erheischt, daß der fideicommissarius sich von nun an als Erbe anzusehen habe: L. 37. pr. D. *Ad SC. Trebell.* Auch kann diese Erklärung stillschweigend gegeben werden, nämlich wenn der fideicommissarius die Erbgüter besitzt und sich überhaupt als Erben gerirt, der fiduciarius aber nicht widerspricht: ibid.

Bis zu der Restitution muß der fiduciarius die Erbschaft als bonus paterfamilias zu Gunsten des fideicommissarius verwalten und darf namentlich nichts davon veräußern, es müßte denn der Erbschaft selbst zum Vortheile gereichen, oder mit Einwilligung des fideicommissarius geschehen. Auch ist die nothwendige

Veräußerung gültig, welche vom Erblasser vorgeschrieben oder durch dringende Schulden veranlaßt wurde: L. 120. §. 1. *de Legat. I.* — L. 54. D. *Ad SC. Trebell.* — L. 114. §. 14. in fin. *de Legat. I.* — Wenn aber der fiduciarius eine unrechtmäßige Veräußerung vorgenommen hat, so kann der fideicommissarius die rei vindicatio vtilis gebrauchen und hat auch außerdem noch die actio hypothecaria aus dem pignus tacitum speciale an denjenigen Sachen, welche dem fiduciarius selbst aus der Erbschaft zugefallen sind: Nou. 108. c. 2.

§. 624.

d. Quarta Trebellianica:

α. Ursprung.

Nach altem R. R. war der fiduciarius keineswegs zum Antritte der Erbschaft verbunden, was auch sehr unbillig gewesen wäre, da er damals nicht nur keinen Vortheil von der Erbschaft genoß, sondern sogar auch dann, wenn er die Erbschaft an den fideicommissarius bereits restituirt hatte, nach wie vor die Verpflichtungen eines Erben erfüllen mußte, weil der Grundsatz galt: semel heres semper heres. Er konnte daher auch nach der Restitution noch immer von den Erbschafts-Gläubigern belangt werden und mußte überhaupt alle Lasten tragen, die mit der Erbschaft verbunden waren, ohne des Nutzens theilhaftig zu werden, welchen dieselbe gewährte. Hiernach konnte es denn nicht fehlen, daß bey Erbschaften dieser Art die Absicht des Testator in den meisten Fällen vereitelt wurde und deshalb bestimmte ein SC. Trebellianum (unter Nero), daß der fiduciarius, wenn er die Erbschaft einmal restituirt hätte, von allen Lasten und Verbindlichkeiten eines Erben gänzlich befreyt seyn sollte, diese vielmehr durchgängig auf den fideicommissarius übergetragen würden. Weil aber hieraus dem fiduciarius noch immer kein Vortheil erwuchs, der Letztere sich also noch immer weigerte, die Erbschaft anzutreten, so verordnete das SC. Pegasianum (unter Vespasian), daß der fiduciarius den vierten Theil der Erbschaft vor deren Restitution abziehen könnte. Justinian verschmolz diese beyden Gesetze in eines, indem er verordnete, daß der fideicommissarius in Hinsicht auf den ihm restituirten Theil der Erbschaft als wirklicher Erbe betrachtet werden, der fiduciarius aber für seinen Theil ebenfalls Erbe seyn und bleiben solle: §. 3—7. Inst. *de Fideicomm. heredit.*

§. 625.

β. Abzug derseben.

Ueber den Abzug der quarta Trebellianica sind folgende Grundsätze zu merken:

1) das Recht, diese quarta abzuziehen, hat jederzeit nur der direct eingesetzte Erbe, d. h. derjenige, welchem der Testator die Restitution der Erbschaft zuerst aufgegeben hat. Die späteren Erben (beym fideicommissum successiuum), also die, welche zugleich fideicommissarii sind, können die quarta auf keine Weise abziehen: L. 55. §. 2. D. *Ad SC. Trebell.* Hier heißt es: „quum enim semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur“;

2) wenn der fiduciarius ein Notherbe ist, so kann er nach Vorschrift des canonischen Rechts: c. 16. u. 18. X. *de Testam.* außer der quarta Trebellianica auch noch den Pflichttheil abziehen;

3) sind mehrere fiduciarii eingesetzt, so zieht jeder derselben die quarta von seiner Erbportion ab: arg. §. 1. Inst. *de Lege Falcid.* und

4) der Abzug der quarta Trebellianica fällt in denjenigen Ausnahmen weg, in welchen die quarta Falcidia nicht von Vermächtnissen abgezogen werden kann: L. 3. §. 1. D. *Ad SC. Trebell.*

§. 626.

e. Erlöschung der Universal-Fideicommisse.

Die rechtliche Wirkung des fideicommissum vniuersale hört in folgenden Fällen auf:

1) wenn das Testament selbst, in welchem der fiduciarius eingesetzt war, ungültig ist: L. 29. C. *de Fideicomm.*,

2) wenn der fiduciarius ein kinderloser Descendent war und den Auftrag hatte, die Erbschaft an eine dritte Person zu restituiren, ihm aber noch Kinder geboren werden: L. 102. D. *de Condit. et demonstr.*,

3) wenn der fideicommissarius Verzicht leistet: L. 26. C. *de Fideicomm.*,

4) wenn die Bedingung, von welcher das Fideicommiß abhängig ist, nicht erfüllt wird: L. 3. §. 3. C. *Comm. de legat.* und

5) wenn das fideicommissum ein *perpetuum* und die Familie, welcher es hinterlassen wurde, ausgestorben ist: L. 78. §. 3. D. *de Legat. II.*

Vierte Abtheilung.

Von mortis caussa donationibus und capionibus.

I. Mortis caussa donatio.

§. 627.

1. Begriff.

Mortis caussa donatio (Schenkung auf den Todesfall): donatio, quae suspenditur a morte donatoris: §. 1. Inst. *de Donat.*

Der Streit zwischen den Proculianern und Sabinianern, ob die mortis caussa donatio ein pactum, oder eine vltima voluntas wäre, scheint überflüssig gewesen zu seyn, weil beyde Begriffe sich in derselben vereinigt finden. Denn da die mortis caussa donatio sich von den übrigen Vermächtnissen nur durch die Acceptation von Seiten des donatarius unterscheidet, aber auch nicht eher eine rechtliche Wirkung, als nach dem Tode des Schenkgebers hervorbringt, so stellt sie sich von selbst als ein negotium mixtum dar, was der Kaiser Septimius Seuerus dadurch anerkannte, daß er den Abzug der quarta Falcidia auch von den Schenkungen auf den Todesfall gestattete: L. 5. C. *Ad leg. Falcid.*

Weil nun die mortis caussa donatio auch die Natur eines letzten Willens annimmt, so kann sie zu jeder Zeit widerrufen werden: L. 6. §. 2. D. *de Iure codicill.* und weil dieser letzte Wille ein minder feyerlicher ist, so bedarf es auch zu dessen Errichtung nur der Codicillar-Form: L. 13. §. 1. D. *de Mort. caus. donat.*

§. 628.

2. Rechtliche Wirkung.

In Hinsicht auf ihre rechtliche Wirkung sind die Schenkungen auf den Todesfall im Allgemeinen den Legaten gleich zu stellen, doch gelten noch folgende eigenthümliche Bestimmungen:

1) die mortis caussa donatio verwandelt sich in eine donatio inter vivos, wenn der Schenkgeber ausdrücklich versprochen hat, daß er die Schenkung nicht widerrufen wolle: L. 27. D. *de Mort. caus. donat.*,

2) obwohl der donator schon bey Lebzeiten die Sache dem donatarius übergeben hat, so kann er sie dennoch in jedem Augenblicke zurücknehmen, wenn die Schenkung auf den Todesfall eingegangen worden ist: L. 32. D. *eod.*,

3) die mortis caussa donationes unterscheiden sich von andern letzten Willen dadurch, daß sie auch gültiger Weise von einem filiusfamilias über das peculium paganum (§. 323.) errichtet werden können, dafern der Vater hierzu seine Einwilligung ertheilt: L. 25. §. 1. D. *eod.*,

4) die Schenkungen auf den Todesfall brauchen nicht gerichtlich insinuirt zu werden, wenn sie auch die Summe von 500 Dukaten übersteigen: L. vlt. C. *de Donat. caus. mort.* und

5) wenn terminliche Leistungen den Gegenstand der mortis caussa donatio ausmachen, so treten andere Grundsätze ein, als bey dem legatum annuum, welches letztere bekanntlich in so viele einzelne Legate zerfällt, als Zahlungstermine bestimmt sind, dergestalt, daß, wenn der legatarius zur Zeit eines spätern Termines die testamenti factio passiua verloren hat, das Legat als erloschen betrachtet werden muß. Beym mortis caussa donatarius ist es dagegen hinreichend, wenn er nur zur Zeit, zu welcher der donator stirbt, die Erbfähigkeit hat: L. 35. §. 7. D. *de Mort. caus. donat.*

§. 629.

3. Erlöschung derselben.

Die mortis caussa donatio kann ihre rechtliche Wirkung verlieren:

1) durch Widerruf, welcher dem donator bis zu seinem Tode völlig frey steht: L. 37. §. 1. D. *de Mort. caus. donat.*,

2) wenn die Schenkung auf den Fall geschehen ist, daß der donator in einer bestimmten Lebensgefahr (z. B. in einer Schlacht) umkommen würde, der donator aber diese Gefahr überstanden hat: L. 29. D. *eod.*,

3) wenn der donatarius vor dem donator mit Tode abgegangen ist: ibid. in fin. u. L. 26. D. *eod.* und

4) in denjenigen Fällen, in welchen eine ademtio, translatio oder exstinctio legati Statt findet. (§. 619.)

§. 630.

II. Mortis caussa capio.

Der Ausdruck: mortis caussa capio kommt in einem weitern und in einem engern Sinne vor.

Im weitern Sinne versteht man darunter jede Erwerbung auf den Todesfall, im engern aber nur diejenige, welche in den bis jetzt erklärten nicht mit begriffen ist und unter folgenden Gestalten vorkommen kann:

1) wenn die Erwerbung vom Tode eines Dritten abhängig gemacht wird: L. 18. pr. D. *de Mort. caus. donat.*, z. B. wenn Jemand sagt: „ich schenke Dir mein Haus, wenn mein Bruder in seiner gegenwärtigen Krankheit mit Tode abgeht. Doch ist dieß eigentlich nichts weiter, als eine bedingte Schenkung unter Lebenden;

2) wenn ein Erbe oder Vermächtnißnehmer irgend etwas zu dem Zwecke erhält, daß er die Erbschaft oder das Legat erwerben oder ausschlagen solle: L. 8. pr. D. *eod.* So bietet z. B. der heres substitutus oder auch der Intestat-Erbe dem eingesetzten Erben eine Summe Geldes, wenn er die Erbschaft ausschlüge. Wenn der Letztere hierauf eingeht, so ist die Summe, welche er empfängt, eine mortis caussa capio; endlich

3) wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtniß Jemandem dergestalt hinterlassen worden ist, daß er nicht anders ein Recht darauf erwerben könne, als wenn er einer dritten Person eine Summe Geldes ausgezahlt oder irgend eine bestimmte Sache übergeben habe. Hier ist Das, was der Dritte empfängt, eine mortis caussa capio: L. 31. §. 2. D. *eod.*

Drittes Buch.

Ius Obligationum.

Erster Abschnitt.

Einleitung.

§. 631.

1. Begriff und Inhalt des Obligationen-Rechts.

Ius obligationum: doctrina, quae iura personalia explicat. (§. 24.)

Iura personalia s. ad rem s. in personam (persönliche Rechte): quae rem solummodo mediate persequuntur et, ex *obligatione* oriunda, tantum aduersus *determinatam* personam exerceri possunt. Das Wort: ius obligationum hat also nur einen objectiven Sinn und bezeichnet denjenigen Theil des Systems oder die Lehre, welche von der Entstehung, Natur und Wirkung der persönlichen Rechte handelt.

§. 632.

2. Begriff der obligatio.

Obligatio: vinculum iuris, quod duas pluresue personas *determinatas* ita intercedit, vt altera alteri aliquid praestare teneatur: pr. Inst. *de Obligat.* — L. 3. pr. D. *de Oblig. et act.* Im Deutschen läßt sich dieser Begriff nicht mit einem Worte ausdrücken, denn weder Forderung, noch Verbindlichkeit entspricht demselben, weil creditor und debitor gleichmäßig in obligatione sind und daher ist die richtige Uebersetzung des Wortes obligatio: persönliches Rechtsverhältniß. Daß das Wesentliche dieses Begriffes in den Worten: personae determinatae liegt, ist bereits oben (§. 24.) ausgeführt worden.

§. 633.

3. Eintheilungen.

a. obligationes naturales, ciuiles et mixtae.

Obligatio naturalis: quae solo iure naturali nititur: L. 84. §. 1. D. *de R. I.* Diese ist aber von einer doppelten Art:

1) iure ciuili plane reprobata, welche im Rechte schlechterdings keine Wirkung hat, sondern ipso iure ungültig ist, dergestalt, daß, wer eine solche obligatio eingegangen hat, nicht nur nicht zur Erfüllung derselben angehalten werden, sondern auch das zum Zwecke der Erfüllung bereits Geleistete zurückverlangen kann. So ist z. B. ein Frauenzimmer, welches sich für Jemanden verbürgt hat, aus dieser Bürgschaft nicht nur nicht gehalten, sondern kann auch Das, was sie bereits für den Schuldner bezahlt hat, zurückfordern: L. 9. C. *Ad SC. Vellei.*

2) iure ciuili non plane reprobata, welche allerdings eine rechtliche Wirkung hat und welche die Quellen eigentlich unter der obligatio naturalis verstehen. Diese besteht nämlich darin, daß zwar der Berechtigte keine Klage auf Erfüllung der obligatio erheben, wohl aber sich mit einer Exception schützen kann, wenn der Andere die obligatio bereits erfüllt, jedoch Das, was er zu diesem Zwecke übergeben hat, unter dem Anführen, daß die obligatio bloß eine naturalis gewesen sey, zurückfordert. So kann sich z. B. der filiusfamilias nach Vorschrift des SC. Macedonianum durch einen Darlehnscontrakt nicht gültig verbindlich machen, hat er aber dennoch das Darlehn freywillig zurückgezahlt, so wird er, wenn er das Gezahlte zurückfordert, vom Gläubiger durch eine exceptio zurückgewiesen: L. 9. §. 4. u. 5. u. L. 10. D. *de SC. Macedon.*

Obligatio ciuilis: cui solum ius ciuile adsistit: pr. u. §. 1. Inst. *de Except.* Dieser Begriff war bey den alten Römern von großer Wichtigkeit wegen der contractus stricti iuris, welche stets erfüllt werden mußten, wenn nur bey ihrer Abschließung das verbum oder factum gebraucht worden war, welches die Gesetze für die Gültigkeit derselben vorgeschrieben hatten. (§. 185.) Der Prätor aber gab auch in dieser Hinsicht der Vernunft nach und löste Geschäfte auf, die wider die Absicht Dessen eingegegangen worden waren, welcher sich durch dieselben verbindlich gemacht hatte. Wenn z. B. Jemand durch Betrug oder Gewalt zu Ab-

schließung eines contractus stricti iuris, namentlich einer Stipulation bewogen worden war, so konnte er nach strengem Rechte zur Erfüllung angehalten werden, aber der Prätor gab ihm gegen die erhobene Klage die exceptio doli, quod metus caussa etc. durch welche er den Kläger zurückweisen konnte: pr. u. §. 1. Inst. *cit.* — Das Resultat ist nun, daß obligationes mere ciuiles diejenigen sind, gegen welche der Prätor restitutio in integrum ertheilt. Aber auch heut zu Tage giebt es noch eine obligatio mere ciuilis, nämlich die obligatio *cambialis* (Wechsel), denn das Naturrecht weiß nichts von einem Rechtsverhältnisse, kraft dessen der Schuldner auf den Fall der mora seiner persönlichen Freyheit entsagt.

Obligatio mixta: cui vtrumque ius succurrit. — Die meisten obligationes sind mixtae, was namentlich heut zu Tage der Fall ist, weil das deutsche Recht den Begriff der pacta nuda durch den Grundsatz aufgehoben hat: pacta sunt seruanda.

§. 634.

b. Obligationes bilaterales et vnilaterales.

Diese Eintheilung ist die wichtigste im ganzen Obligationen-Rechte und von ihr hängt das Verständniß des ächtrömischen Begriffes der obligatio ab. Denn wenn auch die jetzt vorzutragende Lehre nicht unmittelbar aus den Worten der Quellen geschöpft werden kann, so liegt sie doch unwidersprechlich in dem Geiste derselben.

Obligatio bilateralis: quae implementum ab vtraque parte requirit.

Obligatio vnilateralis: cuius implementum solummodo ab alterutra parte praestandum est.

Natürlich zeigt sich das Wesentliche dieser Begriffe in dem Worte:

Implementum: praestatio eius, quod in obligatione est. Es ist die Leistung Dessen, was die Contrahenten durch ihr Geschäft eigentlich beabsichtigten oder die Erfüllung des Zweckes, auf welchen die obligatio gerichtet ist.

Jedes implementum ist daher eine *praestatio* und zwar eine praestatio *principalis*.

Praestatio: quidquid ab altero fit in vtilitatem alterius. Diese kann aber im Obligationenrechte von einer doppelten Art seyn:

1) *principalis*: qua obligatio vel *perficitur* vel *impletur*.

2) *minus principalis s. accessoria*: quae *occasione* obligationis ex post facto exigi potest.

Perfectio obligationis (obligatio perfecta) findet dann Statt, wenn dasjenige Moment vorhanden ist, von dessen Existenz, nach Vorschrift der Gesetze, die Gültigkeit der obligatio abhängt. Dieses Moment wird in der Röm. Rechtswissenschaft caussa ciuilis s. caussa ciuiliter obligans genannt und in demselben findet jede obligatio ihre Entstehung. So ist z. B. die caussa ciuilis des Darlehns-Contraktes (mutuum) die traditio rerum fungibilium (die Uebergabe des Capitales) von Seiten des Gläubigers an den Schuldner, so daß vor dieser Uebergabe kein Darlehnscontrakt rechtlich denkbar ist.

Implementum obligationis (obligatio impleta) ist aber dann vorhanden, wenn Der, welcher kraft der obligatio zu einer Leistung verbunden war, seiner Verpflichtung vollständig Genüge gethan hat. So besteht im angeführten Beyspiele das implementum darin, daß der Schuldner die empfangenen res fungibiles zu rechter Zeit dem Gläubiger wieder erstattet.

Hieraus ergiebt sich nun von selbst, daß das implementum stets eine praestatio principalis, diese aber nicht immer ein implementum ist, weil sie auch bloß die Wirkung haben kann, daß die obligatio durch sie erst entsteht, also perfecta wird. Darum ist es aber auch möglich, daß bey obligationibus *vnilateralibus* eine praestatio *principalis* von beyden Seiten vorkommen kann, dafern die eine auf die perfectio, die andere auf das implementum obligationis gerichtet ist. Dieß zeigt sich z. B. bey der Röm. permutatio (Tauschcontrakt), welche ein contractus *vnilateralis* ist. Denn sie kann, weil sie ihre caussa ciuilis in der traditio rei hat, rechtlich nicht eher existiren, als bis der eine von beyden Contrahenten seine Sache dem andern bereits übergeben, mithin das Geschäft in's Leben gerufen, also die permutatio zu einer perfecta gemacht hat. Diese Uebergabe ist unläugbar eine praestatio *principalis*. Der andere Contrahent aber hat sich durch die Empfangnahme jener Sache zum implementum des Tauschcontraktes, also dazu verpflichtet, auch seine Sache dem Andern zu übergeben, und auch diese Uebergabe ist eine praestatio *principalis*.

Die Klage aber, welche auf das implementum gerichtet wird, heißt actio directa, weshalb denn aus einer obligatio *bilateralis*

beyde Theile auf das implementum klagen können (actio vtrimque directa), dahingegen aus einer obligatio *vnilateralis* bloß einem Theile die actio directa zusteht.

Wenn endlich bey Gelegenheit einer obligatio der eine oder andere Theil zu einer praestatio minus principalis verbindlich wird, welche bey Entstehung der obligatio nicht vorhergesehen werden konnte, wie z. B. wenn der Pfandgläubiger auf die ihm verpfändete Sache impensas necessarias verwendet hatte, hierdurch aber der Schuldner zur Wiedererstattung derselben verpflichtet ist, so kann der zu einer solchen praestatio verbundene Theil mit der actio *contraria* belangt werden, welche letztere daher nur bey Gelegenheit eines contractus *vnilateralis* vorkommen kann. Doch ist dieß bereits oben (§. 186.) ausführlicher dargestellt worden.

§. 635.

c. Obligationes simplices et correales.

Bey jeder obligatio müssen wenigstens zwey Personen concurriren, welche einander gegenüber stehen, nämlich der creditor und debitor. Es können aber auch von der einen oder andern Seite, oder von beyden Seiten mehrere Personen vorhanden seyn, welche an der obligatio Theil nehmen, und dann wird in der Regel die obligatio unter sie getheilt, so daß jeder der Gläubiger sein Recht pro rata ausübt, und jeder der Schuldner seine Verbindlichkeit pro rata übernimmt: L. 11. §. 1. u. 2. D. *de Duob. reis const.* Bis hierher reicht der Begriff der obligatio simplex. Wenn aber zur Ausnahme von dieser Regel die mehreren Gläubiger das Recht in'sgesammt erwerben oder die mehreren Schuldner die Verbindlichkeit in'sgesammt übernehmen, ohne daß eine Theilung des erstern oder der letztern Statt findet, so entsteht der Begriff der

Obligatio correalis s. solidaria: in qua ab altera vel altera parte plures personae ita concurrunt, vt pro vna persona habeantur: §. 1. Inst. *de Duob. reis stip.* Die mehreren Personen, welche in einer solchen obligatio concurriren, werden rei oder correi genannt und heißen auf der Seite des Gläubigers im alten Rechte: rei stipulandi, im heutigen: correi credendi, auf der Seite des Schuldners im alten Rechte: rei promittendi, im heutigen: correi debendi. Sie Alle erwerben ihr Recht und übernehmen

ihre Verbindlichkeit in solidum, d. h. Alle für Einen und Einer für Alle.

Die obligatio correalis zerfällt aber in das ius correale und in die obligatio correalis im engern Sinne, jenachdem correi credendi oder correi debendi in solidum concurriren:

1) Ius correale. Dieses hat die Wirkung, daß ein einziger von den correis credendi das Recht der sämmtlichen übrigen correi credendi ausüben und auf das vollständige implementum klagen kann, ohne daß die übrigen correi credendi davon wissen oder ihre Einwilligung dazu ertheilt haben und daß der Schuldner, wenn er diesem Einzigen Zahlung geleistet hat, von seiner Verbindlichkeit gänzlich befreyt wird: §. 1. Inst. *de Duob. reis stip.* u. L. 1. u. 2. D. *de Duob. reis const.*

2) Obligatio correalis in specie. Diese äußert sich so, daß ein einziger von den correis debendi auf das ganze implementum belangt werden kann, also verbunden ist, auch für die übrigen correos debendi zu bezahlen: L. 2. D. *cit.* u. §. 2. Inst. *de Duob. reis stip.* — Aber diese Strenge milderte zuerst der Kaiser Hadrian in Bezug auf die Mitbürgen: §. 4. Inst. *de Fideiussorib.* und später geschah dasselbe von Justinian hinsichtlich aller correi debendi ohne Unterschied: Nou. 99. c. 1. Aus dieser Milderung ist nämlich das beneficium diuisionis hervorgegangen, welches den correis debendi mit der Wirkung zusteht, daß, wenn einer der correorum auf das Ganze belangt wird, derselbe vorerst bloß seinen Antheil zu bezahlen braucht, bis ihm der Gläubiger beweist, daß die übrigen correi debendi nicht zahlbar wären. Daher hat Justinian durch das beneficium diuisionis die obligatio correalis nicht aufgehoben, sondern nur aufgeschoben.

Die Quelle, aus welcher eine obligatio correalis entspringt, kann vierfach seyn:

a. das Gesetz selbst, z. B. wenn mehrere Vormünder eine und dieselbe Vormundschaft verwalten: L. 55. pr. D. *de Admin. et peric. tut.*,

b. indiuiduae rei natura. Wenn der Gegenstand der obligatio untheilbar ist, so müssen die Besitzer desselben in solidum haften: L. 5. §. 15. D. *Commod.* Wenn z. B. mehreren Personen zugleich ein Wagen geliehen worden ist, so müssen dieselben dafür in solidum haften,

c. letzter Wille: L. 8. §. 1. D. *de Legat. I.* Der Testator hat z. B. mehreren seiner Erben zugleich die Auszahlung eines Legates aufgetragen und

d. factum correorum ipsorum. Dieses kann wieder doppelt seyn:

α. licitum, nämlich ein Vertrag, durch welchen sich mehrere Personen freywillig in solidum verpflichten: pr. Inst. *de Duob. reis stip.* und

β. illicitum s. delictum, wenn mehrere Personen zugleich an der Beeinträchtigung eines Andern Theil genommen haben: L. 14. §. vlt. D. *Quod met. caus.*, z. B. wenn sie einen Zwang oder Betrug zusammen verübten.

§. 636.

d. Obligationes simplices et alternatiuae.

Es kann vorkommen, daß Jemand kraft einer obligatio gehalten ist, entweder die eine, oder die andere Leistung zu machen, wie z. B. beym legatum poenae nomine relictum oder bey der dos venditionis gratia aestimata und in einem solchen Falle entsteht der Begriff der obligatio *alternatiua*, bey welcher der Verpflichtete die Wahl hat, welche Verbindlichkeit er erfüllen wolle: L. 10. §. 6. D. *de Iure dot.* Sollte jedoch der Schuldner in mora seyn, so fällt die Wahl dem Gläubiger anheim: L. 2. §. 3. D. *de Eo, quod certo loc.* und hat in diesem Falle der Gläubiger auf den einen oder andern Gegenstand seine Klage gerichtet, so wird er in Hinsicht auf den andern Gegenstand von jedem Anspruch ausgeschlossen: L. 19. D. *de Legat. II.*

§. 637.

4. Beneficium competentiae.

In der Regel muß jede obligatio vollständig erfüllt werden. Doch findet eine Ausnahme hinsichtlich derjenigen Personen Statt, welchen das beneficium competentiae zusteht: beneficium iuris, vi cuius quis tantummodo in id condemnatur, quod facere potest: L. 19. §. 1. D. *de Re iudic.* Die Worte: „in id, quod facere potest" werden in der angeführten Stelle dahin erklärt: „imo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat". Hieraus geht hervor, daß

demjenigen Schuldner, welchem das beneficium competentiae zu Statten kommt, von seinem Vermögen so viel gelassen werden muß, als er zu seinem Lebens-Unterhalte nothwendig braucht. Demungeachtet bleibt der Schuldner verbunden, den Rückstand nachzuzahlen, wenn er später in bessere Umstände kommt, und muß zu diesem Zwecke ein gerichtliches Angelöbniß thun: L. vn. §. 7. C. *de Rei vxor. act.*

Die Personen aber, welche sich des beneficii competentiae erfreuen, sind folgende:

1) Ehegatten: L. 20. in fin. D. *de Re iudic.*,

2) Abscendenten und Descendenten: L. 30. in fin. D. *eod.*,

3) Geschwister: L. 63. pr. in fin. D. *Pro soc.*,

4) Socii: L. 63. *cit.* Dieß ist jedoch nur auf den contractus societatis zu beziehen, also nur wenn ein socius gegen den andern die actio pro socio angestellt hat,

5) der Schwiegervater, von welchem die Mitgift zurückgefordert wird: L. 15. §. 2. D. *Sol. matrim.*,

6) Soldaten: L. 6. pr. D. *de Re iud.*,

7) der Schenkgeber, welcher auf Erfüllung der donatio belangt worden ist: L. 19. §. 1. D. *eod.*,

8) Der, welcher als filiusfamilias Rechtsgeschäfte (außer dem Darlehn) eingegangen hat und aus denselben belangt wird, nachdem er emancipirt oder enterbt worden ist, oder sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hat: L. 2. pr. D. *Quod cum eo, qui in al. pot.*,

9) Schuldner, welche, als insolvent, bonis cedirt, später aber neues Vermögen erworben haben. Nur auf dieses letztere bezieht sich hier das beneficium competentiae: L. 4. pr. D. *de Cess. bon.* und

10) solche Schuldner, welche bloß durch Unglück insolvent geworden sind: arg. Nou. 135. praef. in fin.

Das beneficium competentiae kann aber nur per modum *exceptionis* geltend gemacht werden, d. h. der Schuldner kann sich dieser Rechtswohlthat nicht bedienen, wenn er die in Rede stehende Verbindlichkeit schon vollständig erfüllt hat, er kann also nicht durch eine Klage so viel zurückfordern, als zu seinem Lebens-Unterhalte gehört: L. 9. D. *de Condict. indeb.*

Auch fällt das beneficium competentiae gänzlich weg, wenn dem Schuldner in Hinsicht auf das Geschäft, aus welchem er belangt wird, ein dolus nachgewiesen werden kann: L. 4. §. 1. u. 2. D. *Quod cum eo, qui in al. pot.*

§. 638.

5. Datio in solutum.

In der Regel ist der Schuldner verbunden, gerade Dasjenige zu leisten, was den Gegenstand der Forderung ausmacht: L. 2. §. 1. in fin. D. *de Reb. cred.* Doch kommen von dieser Regel zwey Ausnahmen vor:

1) wenn das implementum in der Uebergabe einer species bestehen soll, diese aber nicht mehr vorhanden ist, so muß sich der Gläubiger mit dem Werthe begnügen, welchen die Sache gehabt hatte: L. 8. pr. D. *de Condict. furt.* und

2) wenn das implementum in der Entrichtung einer Geldsumme oder anderer res fungibiles bestehen soll, der Schuldner aber außer Stande ist, dieselben aufzubringen, so kann sich dieser von seiner Verbindlichkeit dadurch befreyen, daß er eine res nec fungibilis an Zahlungs Statt übergiebt: Nou. 4. c. 3. und dieß ist die datio in solutum im engern Sinne. Diese kann aber nur dann eintreten, wenn sich zum Kaufe der res nec fungibiles, welche zu dem Vermögen des Schuldners gehören, Niemand findet, der einen annehmlichen Preis bietet: ibid.

§. 639.

6. Mora.

Mora: defectus implementi: L. 5. D. *de Reb. cred.* — L. 9. §. 1. u. L. 21. u. 23. D. *de Vsur.* Sie ist dann vorhanden, wenn in Hinsicht auf das implementum einer obligatio entweder gar nichts, oder nicht das Erforderliche geschieht. Die mora ist überhaupt von doppelter Art, nämlich entweder mora *debitoris* oder mora *creditoris*.

1) Mora debitoris s. mora solvendi besteht darin, daß der Schuldner in Bezug auf das implementum nicht Dasjenige leistet, was ihm obliegt. Sie wird in moram *temporis* und *loci* (§. 189.), wie auch in moram *ex persona* und moram *ex re* eingetheilt. — *Mora ex persona*: quae per interpellationem effi-

citur. Diese tritt nicht eher ein, als bis der Schuldner gemahnt worden ist: L. 32. pr. D. *de Vsur.* — *Mora ex re*: quae etiam sine interpellatione obtinet. Die letztere findet Statt:

a. wenn die Contrahenten einen bestimmten Zahlungs-Termin festgesetzt hatten und dieser verstrichen ist: L. 4. D. *de Condict. tritic.* Daher die Rechtsregel: dies interpellat pro homine,

b. wenn der Besitzer einer Sache weiß oder erfährt, daß dieselbe eine fremde sey, weshalb sich jeder malae fidei possessor in mora befindet. Aus diesem Grunde sagt auch die L. 8. §. 1. D. *de Condict. furt.* „semper enim moram fur facere videtur und

c. wenn sich der Schuldner einer Mahnung seines Gläubigers durch vorsätzliche Abwesenheit entzieht, welche sich mit triftigen Gründen nicht rechtfertigen läßt: L. 23. D. *de Vsur.*

Die Wirkungen der mora debitoris, sie sey nun ex persona oder ex re, sind aber folgende:

a. obligatio perpetuatur: L. 91. §. 3. D. *de Verb. oblig.*, d. h. die obligatio bleibt nach, wie vor, bestehen, so daß auch die Nebenverbindlichkeiten, wie z. B. die Bürgschaft, dieselben bleiben und der Schuldner jetzt für die zu übergebende Sache in jedem Falle haften muß, also nunmehr der Grundsatz: debitor speciei per casualem eius interitum ab obligatione sua liberatur, nicht mehr zur Anwendung kommen kann: L. 5. D. *de Reb. cred.*, es müßte denn bewiesen werden, daß die Sache unter allen Umständen auch beym Gläubiger untergegangen wäre: L. 14. §. 1. D. *Depos.*,

b. der Schuldner muß bey einer species für alle nach Eintritt der mora entstandene Früchte und Accessionen haften, bey Gelde aber Verzugszinsen (vsurae morae) bezahlen: L. 17. §. 1. D. *de Rei vind.* — L. 17. §. 4. D. *de Vsur.*,

c. es treten die Nachtheile ein, welche für den Fall der mora von den Contrahenten selbst festgesetzt worden sind, namentlich die Conventional-Strafen: L. 47. D. *de Act. emt. et vend.* und die Wirkung der lex commissoria, kraft welcher, wenn der Schuldner sich säumig erweist, das Geschäft selbst für nicht eingegangen erachtet werden soll: L. 2. D. *de Lege commiss.* und

d. die actiones *temporales* verwandeln sich in *perpetuas*, d. h. diejenigen Klagen, welche nach Inhalt des Vertrages nur

innerhalb einer bestimmten Zeit hätten angestellt werden können, sind nach eingetretener mora an keine Zeit mehr gebunden: L. 59. §. 5. D. *Mand.*

2) Mora creditoris s. mora accipiendi ist dann vorhanden, wenn der Gläubiger sich weigert, das ihm zu rechter Zeit und am rechten Orte angebotene implementum anzunehmen: L. 16. §. 2. L. 17. u. 18. pr. D. *de Pecun. const.* — L. 122. pr. D. *de V. O.*

Die Wirkungen der mora creditoris sind:

a. der Schuldner kann sich durch gerichtliche Deponirung Dessen, was den Gegenstand des implementum ausmacht, von seiner Verbindlichkeit befreyen: L. 9. C. *de Vsur.* Unterläßt er aber dieselbe, so muß er die Zinsen des schuldigen Capitales nach wie vor entrichten: L. 19. C. *eod.*,

b. wenn nach eingetretener mora creditoris der Gegenstand der Forderung durch Zufall untergegangen ist, so kann dieß dem Schuldner nicht mehr zum Nachtheil gereichen: L. 5. D. *de Peric. et comm. rei vend.* und

c. die Conventional-Strafen, welche auf den Fall der mora festgesetzt sind, treten nun gegen den Gläubiger, aber nicht gegen den Schuldner ein: L. 23. §. 3. D. *de Recept.*

Es kann jedoch eine purgatio morae Statt finden, d. h. es können die nachtheiligen Folgen der mora abgewendet werden:

1) von Seiten des Schuldners:

a. wenn er sich noch vor erhobener Klage zur Erfüllung des Geschäftes erbietet: L. 84. D. *de Verb. oblig.*,

b. wenn ihm der Gläubiger eine neue Zahlungs-Frist einräumt: L. 8. pr. D. *de Noual.*,

c. wenn die Contrahenten, nach eingetretener mora, das bisherige Geschäft in ein anderes verwandeln, also eine Novation eingehen: L. 15. D. *eod.* und

d. wenn dem Schuldner triftige Entschuldigungs-Gründe zur Seite stehen, wie z. B. wenn er die Zahlung einem Andern aufgetragen, dieser aber sie nicht geleistet hatte: L. 21. D. *de Vsur.* oder wenn er zum Besten des Staates abwesend war: L. 23. D. *eod.*

2) von Seiten des Gläubigers: wenn er sich zur Annahme des implementum späterhin noch erbietet. In diesem Falle

setzt er durch seine Mahnung oder Klage den Schuldner wieder in moram, so daß dieser, wenn er nicht zahlt, auf's Neue Zinsen entrichten muß: L. 7. D. *de Vsur.*

§. 640.

7. Casus und culpa.

a. *Casus s. casus fortuitus* (Zufall): euentus improuisus, qui voluntate humana auerti non potest: L. 1. §. 4. D. *de Oblig. et act.* — Derjenige casus, welcher sich noch nicht zugetragen hat, aber eintreten kann, wird periculum genannt: L. 9. §. 9. in fin. D. *de Reb. cred.* Ueber den casus gilt der allgemeine Grundsatz: casum sentit dominus, d. h. wenn eine Sache durch casus untergegangen oder beschädigt worden ist, so kann der Eigenthümer derselben in der Regel von Niemandem Schadenersatz verlangen: L. 1. §. 4. D. *de Oblig. et act.* Doch giebt es zwey Ausnahmen:

a. wenn sich ein Anderer durch Vertrag dazu anheischig gemacht hat, den casus tragen zu wollen: L. 1. §. 35. D. *Depos.* und

b. wenn der casus gewissermaaßen durch die culpa eines Andern herbeygeführt worden ist, was die Rechtslehrer casus *mixtus* nennen. Dieß ist so zu verstehen, daß, wenn der Andere sich keine Fahrlässigkeit zu Schulden gebracht hätte, der casus sich nicht hätte ereignen können. Es nimmt z. B. der commodatarius das ihm geliehene Silberzeug auf eine weite Reise mit, um entfernte Freunde zu bewirthen, wird aber auf dieser Reise angefallen und desselben beraubt: L. 1. §. 4. D. *de Oblig. et act.*

b. Culpa. Dieser Begriff ist von jeher ein Zankapfel der Juristen gewesen, welche sich hier ziemlich frey ergehen konnten, weil die Quellen sich allerdings nicht bestimmt genug darüber ausdrücken. Zuvörderst streitet man nämlich, ob es eine culpa gebe, welche in faciendo bestände, oder ob jede culpa sich nur omittendo äußere, dann aber auch über die verschiedenen Grade der Verantwortlichkeit, welche Jemand durch die culpa übernehme. Doch scheinen beyde Meynungs-Verschiedenheiten mehr in den Worten, als in der Sache selbst zu liegen und eine vollständige, systematische Lehre von der culpa ist darum nicht wohl denkbar, weil hier Alles in concreto beurtheilt werden muß und jeder einzelne Fall sich wieder anders gestaltet. Demungeachtet muß

es auch hinsichtlich der culpa gewisse Sätze geben, an die man sich wenigstens im Allgemeinen halten könne.

Culpa: omissio diligentiae.

Diligentia: cura, quae rebus gerendis adhiberi debet. Vgl. §. 2. u. 4. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*

Die culpa ist daher jede Nachlässigkeit, Unvorsichtigkeit oder Uebereilung, durch welche Jemand einem Andern irgend einen Schaden zufügt, im Gegensatze des dolus, welcher die *voluntas* nocendi voraussetzt. (§. 130.) Ob nun Der, welcher sich eine solche Unvorsichtigkeit zu Schulden bringt, durch bloße Unterlassung oder durch eine positive Handlung dem Andern schadet, ist in der Wirkung ganz gleichgültig, wenn er nur nicht die Absicht hatte, den Schaden zu verüben und darum stellt sich der Unterschied zwischen culpa in faciendo und non faciendo als völlig überflüssig dar.

Weil nun der Begriff der culpa mit dem der diligentia auf das Innigste zusammen hängt, so müssen die verschiedenen Grade der culpa durch die Grade der diligentia selbst bestimmt werden, d. h. die Verantwortlichkeit aus der culpa ist bald größer, bald geringer, jenachdem die fragliche Person in Gemäßheit des Rechtsverhältnisses zu Anwendung einer größern oder geringern Sorgfalt verbunden war. Die culpa ist daher dreyfach:

1) *culpa lata*: omissio diligentiae, quam etiam dissolutus homo rebus suis adhibere solet: L. 213. §. 2. D. *de V. S.* Dieser Grad ist der stärkste und wird im Rechte dem dolus gleich geachtet: L. 29. pr. D. *Mand.*,

2) *culpa leuis*: omissio diligentiae, quam bonus paterfamilias rebus suis adhibere debet: L. 65. pr. D. *de Vsufr.* Diese kann aber aus einem doppelten Gesichtspunkte betrachtet werden:

a. in abstracto: wenn man bloß die gewöhnlichen Lebensregeln in's Auge faßt, nach welchen sich jeder sorgsame Staatsbürger zu richten hat, | also im Allgemeinen fragt, wie wohl jeder Vernünftige in dem vorliegenden Falle gehandelt haben würde: L. 65. pr. *cit.* u. L. 14. D. *de Pign. act.* und

b. in concreto: wenn man bloß diejenige Person in Erwägung zieht, von deren culpa im vorkommenden Falle die Rede ist: L. 17. pr. D. *de Iure dot.* (§. 292.) So leistet z. B. der socius dem socio nur culpam leuem in concreto, d. h. er ist bloß zu derjenigen Sorgfalt verbunden, welche er in seinen eigenen Geschäften anzuwenden pflegt: §. 9. Inst. *de Societ.*, indem

der andere socius sich bey Abschließung des Societäts-Contraktes besser hätte vorsehen sollen;

3) *culpa leuissima*: omissio diligentiae, quam attentissimus paterfamilias rebus suis adhibere solet: L. 18. pr. D. *Commod.* u. L. 44. *Ad leg. Aquil.*

Ueber die culpae praestatio, d. h. über den Ersatz desjenigen Schadens, welcher durch culpa Jemandem zugefügt worden ist, gelten nun folgende Grundsätze:

1) bey Geschäften, welche nur den Nutzen des einen Theiles oder Contrahenten zum Zwecke haben, leistet dieser culpa leuissima, der andere aber in der Regel bloß culpa lata: L. 5. §. 2. D. *Commod.* Doch ist hiervon der quasicontractus *tutelae* ausgenommen, denn der Vormund muß, obwohl er nur die Lasten dieses Verhältnisses trägt, dennoch culpa leuis in concreto leisten: L. 1. pr. D. *de Tut. et rat. distr.*,

2) wenn Vortheil und Nachtheil sich gleichmäßig auf beyden Seiten befinden, so müssen beyde Theile culpa leuis in abstracto leisten: L. 5. §. 2. *cit. verb.* „sed vbi" etc. und

3) wer fremde Geschäfte verwaltet, muß in der Regel die culpa leuis in abstracto leisten, wenn er auch selbst keinen Nutzen dabey hat: L. 21. §. 3. D. *de Negot. gest.*, er müßte sich denn dazu angeboten haben, in welchem Falle er zur Leistung der culpa leuissima verbunden ist: L. 21. C. *Mand.*

Ueber die Lehre von der culpa ist im Allgemeinen noch die L. 23. D. *de R. I.* zu vergleichen.

§. 641.

8. Euictio.

Nicht selten kommt es vor, daß Jemand zum Zwecke des implementum obligationis entweder bona oder mala fide eine Sache übergiebt, an welcher ihm kein Verfügungsrecht zusteht, daß also der Empfänger genöthigt ist, die Sache an Denjenigen zurückzugeben, welcher ihm sein besseres Recht daran beweist. Daher

Euictio (Entwährung): actus, quo res aliqua possessori, interveniente iudicis sententia per eum aufertur, qui potiori iure gaudet: L. 11. §. 2. D. *de Act. emt. et vend.*

Derjenige nun, welcher die Sache übergeben hat, heißt *auctor*: is, a quo possessor caussam habet, und muß Dem, welchem sie

entwährt worden ist, den Schaden ersetzen, den dieser durch den Verlust der Sache erlitten hat (ad euictionem praestandam tenetur): L. 1. D. *de Euict.* Doch ist diese Verbindlichkeit an folgende Erfordernisse gebunden:

1) der Empfänger muß die Sache titulo *oneroso*, z. B. durch Kauf oder Tausch erworben haben: L. 18. §. 3. D. *de Donat.* u. L. 2. C. *de Euict.*,

2) die Eviction muß in Folge eines richterlichen Urtheiles geschehen seyn: L. 17. C. *eod.* und

3) der auctor muß zu rechter Zeit von der bevorstehenden Eviction in Kenntniß gesetzt worden seyn: L. 8. C. *eod.* Diese Benachrichtigung des auctor wird litis denunciatio genannt und hat zum Zwecke, daß der auctor, welcher seine früheren Rechte an der Sache am besten kennen muß, dem gegenwärtigen Besitzer, dem die Eviction droht, bey dem anhängig gewordenen Rechtsstreite beystehe.

Die praestatio euictionis besteht darin, daß der auctor Dem, welcher sie erlitten hat, nicht nur den Werth der Sache selbst ersetzen, sondern auch das id, quod interest leisten muß, zu welchem letztern theils das lucrum cessans, theils die Proceßkosten gehören: L. 8. D. *eod.*

Die bisher erklärten Regeln über die Eviction können aber durch zwey pacta adiecta bedeutend modificirt werden:

1) pactum de non praestanda euictione. Ueber dieses ist die Hauptgesetzstelle: L. 11. §. 18. D. *de Act. emt. et vend.*, in welcher aber auch zugleich eine Controverse vorliegt. Es handelt sich nämlich darum, ob, wenn das erwähnte pactum von den Contrahenten eingegangen worden ist, der auctor im Falle der erfolgten Eviction überhaupt gar nicht in Anspruch genommen werden könne, oder ob er zwar von der Leistung des id, quod interest befreyt sey, aber demungeachtet den Werth der Sache ersetzen müsse. Ulpian allegirt in dem angeführten Gesetze eine Meynung des Iulianus, welcher sich für die zweyte Ansicht ausspricht, während Ulpian die erste vertheidigt. Doch scheint es richtiger zu seyn, wenn man dem pactum de non praestanda euictione die Wirkung zuschreibt, daß der auctor, dafern er sich nicht bey der Uebergabe in dolo befunden hat, durchaus zu keiner Leistung verbunden sey. Denn es giebt auch andere Fälle, in welchen die Evictions-Leistung nicht gefordert werden kann und darum ist die Verbind-

lichkeit dazu nicht als ein essentiale, sondern nur als ein naturale zu betrachten, welches nach Willkuhr aufgehoben werden kann,

2) pactum de praestanda euictione. Dieses scheint zwar auf den ersten Anblick überflüssig zu seyn, kann aber doch einen doppelten Nutzen haben:

a. daß in Folge desselben auch bey solchen Geschäften Eviction geleistet werden muß, bey welchen sie in der Regel wegfällt, also namentlich bey Schenkungen: L. 2. C. *de Euict.*

b. daß dadurch gleich im Voraus die Summe bestimmt werden kann, welche der auctor auf den Fall der Eviction zu leisten habe: L. 11. §. 1. D. *eod.*, wodurch denn jedem Streite über das id, quod interest, begegnet wird. Bey den Römern pflegte, wenn dieses pactum eingegangen wurde, der auctor auf den Fall der Eviction das Doppelte zu versprechen, daher die sogenannte duplae stipulatio: ibid., welche dergestalt in Gebrauch kam, daß man sie sogar präsumirte, wenn nicht der Gegenstand ein zu unbedeutender war. In diesem letztern Falle wurde das Geschäft, wenn es in einem Kaufe bestand, venditio simplaria genannt, bey welcher sowohl die stipulatio duplae, als auch die actio redhibitoria wegfiel: L. 48. §. vlt. D. *de Aedilit. ed.* — Heut zu Tage wird aber die duplae stipulatio niemals präsumirt.

§. 612.

9. Quellen der Obligationen.

Nach dem Justinianeischen Rechte können die obligationes aus einer dreyfachen Quelle entspringen, nämlich aus der conuentio, dem delictum und den variis caussarum figuris.

Conuentio: duorum pluriumue in idem placitum consensus: L. 1. §. 2. D. *de Pact.*

Delictum: factum legibus contrarium, cuius auctor tam ad restitutionem rei, quam ad poenam soluendam tenetur: pr. Iust. *de Oblig. quae ex del. nasc.*

Variae caussarum figurae: omnes obligationes, quae neque veris conventionibus, neque veris delictis nituntur: L. 1. D. *de Oblig. et act.*

Die delicta waren bey den Römern überhaupt von einer doppelten Art, nämlich entweder *publica*: quae poena publica coërcentur: pr. u. §. 1. Inst. *de Publ. iud.* oder *priuata*: quae tantummodo

poenam (satisfactionem) priuatam efficiunt: pr. Inst. *de Oblig. quae ex del. nasc.* — Die delicta *publica* wurden wieder in ordinaria und extraordinaria eingetheilt, jenachdem ihr Begriff und ihre Strafe ausdrücklich in einer lex iudiciorum publicorum (einem Römischen Criminalgesetze) bezeichnet waren, oder bloß nach Analogie einer solchen beurtheilt werden mußten: L. vlt. D. *de Priu. del.* — Die delicta *priuata* waren aber solche unerlaubte Handlungen, welche innerhalb der Grenzen des Privatrechts, also bloß in Beziehung auf Mein und Dein beurtheilt wurden und aus welchen daher bloß actiones ciuiles (Privat-Klagen) angestellt werden konnten, die entweder rei persequutoriae, oder poenales oder mixtae waren. (§. 185.) Die delicta priuata wurden in *vera* und *quasidelicta* eingetheilt, jenachdem sie im dolus oder in der culpa ihren Grund hatten.

Die variae caussarum figurae bildeten, wie bereits oben gesagt worden ist, die allgemeine Kategorie, zu welcher alle diejenigen obligationes gerechnet wurden, welche weder auf wirklichen Verträgen, noch auf veris delictis beruhten, und umfaßten daher drey Classen: 1) quasicontractus, 2) quasidelicta und 3) obligationes, quae aequitate (hier mit Billigkeit zu übersetzen) nituntur.

Da aber dem heutigen Rechte der Begriff der delicta priuata vera völlig unbekannt ist, so bleibt für die Pandekten nur dasjenige Obligationenrecht übrig, welches die Lehre von den Verträgen und von den variis caussarum figuris enthält.

Zweyter Abschnitt.

Von Verträgen.

Erster Titel.

Von Contrakten.

§. 643.

Von Verträgen im Allgemeinen.

Die conuentiones (Verträge) zerfallen nach R. R. in zwey Hauptclassen. Sie sind nämlich entweder contractus oder pacta.

Contractus: conuentiones caussa ciuili munitae: L. 7. §. 1. u. 2. D. *de Pact.*

Pacta: conuentiones caussa ciuili destitutae: L. 7. *cit.* §. 4.

Caussa ciuilis: momentum legibus notatum, quo negotium perficitur. (§. 634.) Die Lehre des R. R. von der caussa civilis läßt sich keinesweges durch juristische Argumentation erklären, sondern nur aus der Willkühr der positiven Gesetze, welche die Gültigkeit des einen oder andern Contraktes ohne besondere Gründe von gewissen Handlungen oder Umständen abhängig machten. Daher ist die caussa ciuilis nicht bey allen Contrakten dieselbe, sondern überhaupt vierfach: 1) rei traditio (contractus reales), 2) solus consensus (contractus consensuales), 3) verborum sollemnitas (contractus verbales) und 4) litterarum sollemnitas (contractus litterales). — Die caussa ciuilis ist es also allein, welche die Gültigkeit eines Contraktes, mithin eine Klage hervorbringt. Da nun die pacta bei den alten Römern der caussa ciuilis gänzlich ermangelten, so konnte auch auf die Erfüllung derselben nicht geklagt werden, obwohl sie nicht ohne rechtliche Wirkung waren, da sie zwar keine obligatio *ciuilis*, aber doch eine *naturalis* hervorbrachten, welche darin bestand, daß Der, der ein pactum bereits erfüllt hatte, Dasjenige, was er zu diesem Zwecke übergeben, nicht zurückfordern konnte und wenn er es dennoch that, durch eine exceptio vom Beklagten zurückgewiesen wurde. (§. 633.) Weil jedoch in den spätern Zeiten die einfachen Contrakt-Verhältnisse der alten Römer für den Verkehr nicht mehr ausreichten, so sah man sich genöthigt, vielen Verträgen, welche bisher nur pacta gewesen waren, also zwar eine exceptio, aber keine actio hervorgebracht hatten, ebenfalls eine caussa ciuilis beyzulegen, sie also in klagbare Verträge umzuwandeln und auf diese Weise den Contrakten gleichzustellen. Diese Veränderung wurde aber nicht auf alle pacta erstreckt, sondern nur mit einzelnen, bestimmten Verträgen dieser Art vorgenommen, während man den übrigen ihre frühere Natur ließ, und so entstand die an sich unlogische, mithin rein historische Eintheilung der pacta in *nuda* und *vestita*, jenachdem sie wirklich einer caussa ciuilis ermangeln oder sich einer solchen erfreuen: L. 10. C. *de Pact.* — Heut zu Tage giebt es keine pacta nuda mehr wegen des deutschen Grundsatzes: „ein Wort, ein Mann". (§. 633.) Nun hätten zwar die pacta vestita mit vollem Rechte unter die Contrakte aufgenommen werden können, allein die Röm. Juristen wollten sich theils ihr geschlossenes Contrakten-System nicht zerstören, theils galt bey den Contrakten wegen der Klagformeln ein anderes Gerichtsverfahren, theils endlich mochten aber auch jene bey manchen pactis vestitis in Ver-

legenheit seyn, unter welche Kategorie sie dieselben in Hinsicht auf die caussa ciuilis zu bringen hätten. Hiernach werden denn auch im neuern R. R. die pacta vestita von den contractibus als ganz getrennt betrachtet und in Bezug auf die Quelle, aus welcher sie ihre caussa ciuilis herleiten, in drey Classen getheilt, nämlich in pacta

1) *legitima*: quae caussam suam ciuilem ex lege ciuili *recentiori* deducunt: L. 6. D. *de Pact.* Diese sind: a. donatio, b. dotis promissio, c. pacta dotalia, d. transactio, e. compromissum, f. receptum argentariorum und g. pactum de seruitutibus constituendis;

2) *praetoria*: quae caussam suam ciuilem ex edicto praetoris repetunt: L. 1. pr. D. *de Pecun. const.* Hierher gehören: a. pactum hypothecae, b. precarium, c. receptum arbitri, d. pactum de iureiurando, e. constituta pecunia und f. receptum nautarum, cauponum et stabulariorum;

3) *adiecta*: quae caussam suam ciuilem e contractu *bonae fidei* deriuant, cui accesserant: L. 7. §. 5. D. *de Pact.* u. L. 13. C. *eod.* Diese haben dieselbe caussa ciuilis, wie der contractus bonae fidei, zu welchem sie hinzugefügt worden sind. Bey einem contractus *stricti iuris* konnten sie deshalb nicht vorkommen, weil sich dieser nur innerhalb bestimmter, ihm von den Gesetzen vorgezeichneter Grenzen bewegte. (§. 185.) Die pacta adiecta sind natürlich höchst mannigfaltig und beruhen ganz auf der Willkühr der Contrahenten, wenn sie nur dem Gesetze nicht entgegen sind. Am Passendsten werden sie unten bey Gelegenheit der Hauptgeschäfte erwähnt, mit welchen sie in Verbindung stehen.

Erstes Capitel.

Von den Real-Contrakten.

Erste Abtheilung.

Contractus reales nominati.

§. 644.

a. Von den Realcontrakten im Allgemeinen.

Contractus reales: contractus, qui caussam suam ciuilem in rei *traditione* habent: §. vlt. Inst. *de Oblig.* Diese werden nach R. R. in nominatos und innominatos eingetheilt.

1) *Nominati*: qui proprium nomen habent atque cognominem actionem producunt. Deren giebt es vier: 1) mutuum, 2) commodatum, 3) pignus und 4) depositum.

2) *Innominati*: qui proprio nomine carent, vel certe cognominem actionem haud producunt. Diese sind doppelt:

a. *regulares*: qui neque proprium nomen habent, neque cognominem praebent actionem. Für solche Contrakte wurden gewisse allgemeine Formeln erfunden, unter welche man alle Real-Contrakte brachte, die man wegen ihrer abweichenden Natur nicht zu den bereits existirenden Real-Contrakten rechnen, aber auch nicht mit einem bestimmten Namen bezeichnen konnte. Dergleichen giebt es vier: α. do vt des, β. do vt facias, γ. facio vt des und δ. facio vt facias.

b. *irregulares*: qui quidem proprio nomine gaudent, nec vero tribuunt cognominem actionem. Hierher gehören: α. permutatio, β. contractus aestumatorius und γ. contractus suffragii.

Die Klage aber, welche aus irgend einem contractus innominatus, es sey nun derselbe regularis oder irregularis, entspringt, wird mit dem allgemeinen Namen der actio in factum praescriptis verbis bezeichnet.

b. Von den benannten Realcontrakten in's Besondere.

I. Mutuum.

§. 645.

1. Begriff.

Mutuum s. mutui datio (Darlehn, Darlehnscontrakt): contractus realis, quo certa rerum fungibilium quantitas alteri ita traditur, vt aliquando tantundem restituatur: pr. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.* Die Contrahenten heißen mutuo dans s. *creditor* und mutuo accipiens s. mutuans s. *debitor*. Der Ausdruck, welchen man von Abschließung dieses Contraktes gebraucht, ist: mutuari aliquid ab aliquo.

Vom mutuum ist aber das pactum de mutuando zu unterscheiden, nämlich der Vertrag, durch welchen Einer dem Andern verspricht, ihm eine Summe Geldes oder andere res fungibiles in Darlehn zu geben: L. 30. D. *de Reb. cred.* Dieses pactum war bey den Römern ein pactum *nudum*, bringt aber heut zu Tage natürlich eine Klage hervor und zwar von Seiten des künftigen

Schuldners: auf Uebergabe des Darlehns, von Seiten des künftigen Gläubigers: auf Annahme desselben.

Das mutuum selbst war bey den Römern ein contractus stricti iuris (§. 185.), welcher nichts Fremdartiges enthalten durfte, daher auch die Zinsen, welche der Schuldner versprach, nicht mit im Darlehnscontrakte selbst enthalten waren, sondern durch eine besondere Stipulation festgesetzt werden mußten. Ein Darlehn aber, mit welchem die Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, verknüpft war, wurde foenus genannt: L. 33. in fin. D. *eod.*

§. 646.

2. Ueber die Frage, ob das mutuum eine Veräußerung enthalte.

Es ist eine bekannte, von Salmasius hervorgerufene, aber höchst überflüssige Controverse, ob das mutuum eine Veräußerung enthalte? Die, welche die Veräußerung läugnen, vergreifen sich gänzlich in der Beurtheilung dieses Contraktes und lassen die Natur der res fungibiles ganz unberücksichtigt. Die richtige Ansicht ist die, daß der creditor die res fungibiles, die er dem Schuldner als Darlehn übergiebt, eben durch diese Uebergabe in dessen volles Eigenthum überträgt (§. 278. u. §. 380.), mithin veräußert: L. 41. D. *de Reb. cred.* u. §. 2. Inst. *Quib. alien. lic.*, und daß daher auch das periculum der übergebenen res fungibiles auf den Schuldner übergeht: L. 1. §. 4. D. *de Oblig. et act.* Dem Einwande aber, daß es ja bey rebus fungibilibus niemals auf die species, sondern nur auf das genus und die quantitas ankomme, auf welche der creditor keineswegs Verzicht leiste, läßt sich sehr leicht durch die Antwort begegnen, daß der creditor durch die traditio der res fungibiles zwar dem Eigenthume derselben entsage, sie also wirklich veräußere, aber auch zugleich ein persönliches Recht gegen den Schuldner auf Rückzahlung des Geliehenen erwerbe: pr. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*

§. 647.

3. Rechtliche Natur des mutuum.

Die caussa ciuilis des mutuum ist die traditio rerum fungibilium, welche jedoch auch breui manu geschehen kann, d. h. durch die bloße Erklärung, daß der künftige Schuldner, welcher sich aus

irgend einem Grunde in dem Besitze einer dem Gläubiger angehörigen Summe Geldes befindet, diese als Darlehn behalten solle: L. 15. D. *de Reb. cred.* (§. 395.)

Da aber jeder Darlehns-Contrakt eine Veräußerung enthält, so kann nur Derjenige die Rechte des creditor erwerben, welcher dispositionsfähig ist: §. 2. Inst. *Quib. alien. lic.* und welchem das Eigenthum an den fraglichen rebus fungibilibus zusteht: L. 2. §. 4. D. *de Reb. cred.*, so wie von der andern Seite nur Derjenige ein Darlehn aufnehmen darf, welcher sich gültiger Weise verbindlich machen kann: L. 59. D. *de Oblig. et act.*, was aber zuweilen noch nicht ausreichend ist, wenn besondere Verhältnisse entgegenstehen. So darf z. B. ein Richter, vor welchem ein Proceß geführt wird, während desselben von keiner der streitenden Partheyen ein Darlehn aufnehmen: L. 16. C. *Si certum pet.* Wohl aber kann Jemand für einen Andern Geld borgen, wenn er entweder dazu bevollmächtigt ist, oder die Person des Schuldners repräsentirt, wie der Vormund: pr. Inst. *de Auctor. tut.*

Wenn ein Nichteigenthümer res fungibiles in mutuum gegeben hat, so kann der Eigenthümer gegen den Empfänger klagen und zwar mit der rei vindicatio, wenn die Gelder oder andere res fungibiles noch in eadem specie vorhanden sind, mit der condictio sine caussa, wenn der Empfänger die res fungibiles schon mit den seinigen vermischt oder bereits angegriffen oder veräußert hat: L. 11. §. 2. D. *de Reb. cred.*

Sollte sich endlich der Empfänger eines Darlehns über die Person des Gläubigers, von welchem er dasselbe bekommt, in Irrthum befinden, so kann der wahre Gläubiger demungeachtet die Rückzahlung des Darlehns von ihm verlangen und zwar durch die sogenannte condictio Iuuentiana: L. 32. D. *de Reb. cred.* Dieses Fragment ist nämlich den Digesten des Iuuentius Celsus entnommen.

§. 648.

4. Zinsen.

Vsurae (Zinsen): pensiones pro vsu sortis debitae: L. 40. D. *de Reb. cred.* — L. 12. C. *de Vsur.* — L. 3. §. 4. D. *eod.*

Das mutuum ist ein negotium gratuitum und es können daher nach dem bloßen Begriffe desselben keine Zinsen gefordert werden: L. 3. C. *eod.* Dieß findet vielmehr nur dann Statt, wenn ent-

weder Zinsen versprochen worden sind, oder wenn sich der Schuldner in mora befindet, weshalb alle vsurae, die beym Darlehne vorkommen, in *promissas* und vsuras *morae* eingetheilt werden: L. 40. D. *de Reb. cred.* Nur einen Fall giebt es, in welchem bey Gelegenheit des Darlehns Zinsen percipirt werden, welche weder promissae noch morae sind, nämlich wenn stillschweigend ein pactum antichreticum eingegangen worden ist, indem der Schuldner dem Gläubiger eine res frugifera zum Pfande gab: L. 8. D. *In quib. caus. pign. tac.* (§. 405.)

Das Naturrecht kennt nur versprochene, aber keine Verzugszinsen, weil letztere ohne ein positives Gesetz, welches die Quantität derselben bestimmt, nicht denkbar sind. Daher tritt hier an die Stelle der Zinsen das id, quod interest.

Die positiven Gesetze haben aber, um den Mißbrauch der Zinsen, also überhaupt den Wucher zu verhüten, mehrere Beschränkungen vorgeschrieben, die sich überhaupt auf drey Classen zurückbringen lassen:

1) modus vsurarum legitimus (Zinsfuß).

Das Hauptgesetz über den Zinsfuß ist die L. 26. C. *de Vsur.*, welche von Justinian herrührt. Nach Vorschrift dieses Gesetzes sollen die illustres vier (vsurae trientes), die Kaufleute acht (vsurae besses) und die übrigen Staatsbürger sechs Procent (vsurae semisses) nehmen dürfen und nur bey der pecunia traiectitia (foenus nauticum) zwölf Procent (vsurae centesimae) gestattet seyn. Pecunia traiectitia ist ein Capital, welches über das Meer gesendet wird und dessen periculum der Gläubiger so lange über sich nimmt, bis das Schiff an dem Orte seiner Bestimmung angekommen ist: L. 4. pr. D. *de Naut. foen.* Wegen der Gefahr des gänzlichen Verlustes ist es daher dem Gläubiger gestattet, die höchsten Zinsen zu nehmen, welche das R. R. kennt: L. 26. *cit.* §. 1.

Nach Obigem besteht nun der regelmäßige Zinsfuß des Justinianeischen Rechts in sechs Procent. Ob dieser aber auch der gemeindeutsche Zinsfuß sey, wird von Manchen bestritten, weil die Reichs-Polizey-Ordnung v. J. 1577. und der neueste Reichs-Abschied v. J. 1654. bloß fünf Procent vorgeschrieben haben. Aber das erstere Reichsgesetz ist nicht für Darlehne, sondern nur für die sogenannten Rentenkäufe gegeben und das letztere bezieht sich zwar allerdings auf Darlehne, jedoch nur

auf solche, welche während des dreyßigjährigen Krieges contrahirt worden waren. Darum ist der gemeindeutsche Zinsfuß nach der richtigern Meynung noch heut zu Tage der des Justinianeischen Rechts, also sechs Procent;

2) das Verbot des *analocismus*: species vsurariae prauitatis, qua quis vsuras vsurarum sibi stipulatur aut percipit: L. 28. C. *de Vsur.* Das Verbrechen des Wuchers begeht also auch Der, welcher Zinsen von Zinsen nimmt, es mögen nun dieselben zum Capitale geschlagen oder in ein neues Capital verwandelt werden. Hiernach ist der anatocismus von doppelter Art:

a. *coniunctus*: quo vsurae restantes sorti ita imputantur, vt ab hac maiori sorte maiores pendeant vsurae,

b. *separatus*: quo vsurae restantes in nouam sortem ita rediguntur, vt ab hac sorte peculiares vsurae soluantur.

Heut zu Tage betrachtet man aber bloß den anatocismus *coniunctus* als unerlaubt, weil theils der Schuldner durch den anatocismus *separatus* weniger gedrückt wird, theils aber auch der Letztere so leicht umgangen werden kann, daß ein Verbot sich als nutzlos darstellt.

Im Uebrigen fällt der Begriff des anatocismus weg, wenn die Zinsen von Demjenigen verzinst werden, welcher nicht der Schuldner derselben ist, wenn also die Zinsen die Natur eines selbstständigen Capitales annehmen, wie dieß z. B. vorkommt, wenn Der, welcher vom Gläubiger zur Eincassirung von Zinsen beauftragt war, diese nicht abgeliefert, sondern in seinen Nutzen verwendet hat. In diesem Falle muß der Beauftragte allerdings die eincassirten Zinsen dem Gläubiger verzinsen, weil jene für ihn die Natur eines Capitales haben: L. 10. §. 3. D. *Mand.* Dasselbe gilt auch für die *expromissio* vsurarum, nämlich wenn Jemand die rückständigen Zinsen, welche der Schuldner zu entrichten hat, auf sich nimmt und, weil er sie nicht sogleich bezahlen kann, zu verzinsen verspricht; endlich

3) das Verbot, daß die Zinsen nicht das alterum tantum des Capitales übersteigen sollen. Wenn also die Zinsen bereits die Höhe des Capitales erreicht haben, so ist eine fernere Zinsenzahlung oder Zinsenberechnung unerlaubt. Dieses Verbot bezieht sich nach Justinianeischem Rechte nicht nur auf vsuras restantes: L. 10. C. *de Vsur.*, sondern auch auf vsuras particulariter solutas: Nou. 121. c. 2. u. Nou. 138., d. h. alle fernere Zinsenzahlung

44 *

soll nicht nur dann aufhören, wenn die rückständigen Zinsen bereits die Höhe des Capitales erreicht haben, sondern auch in dem Falle, wenn die Zinsen zu allen einzelnen Terminen richtig abgeführt worden sind, aber während einer so langen Zeit, daß das Capital getilgt wäre, wenn man die Zinsen als abschlägliche Zahlungen hätte betrachten können. Dieses letztere Verbot, nämlich in Hinsicht auf die vsuras particulariter solutas, findet aber heut zu Tage keine Anwendung, theils, weil es, gleich dem anatocismus separatus, sehr bequem umgangen werden kann, theils und besonders, weil die angeführten Novellen, welche das Verbot enthalten, nicht glossirt sind.

Noch giebt es ein besonderes Zinsverhältniß, welches unter dem Namen des Interusurium s. commodum repraesentationis bekannt ist: L. 24. §. 2. D. *Sol. matrim.* — L. 82. pr. D. *de Legat. II.* — L. 88. §. vlt. D. *Ad. leg. Falcid.* — Es besteht nämlich darin, daß der Schuldner, welcher seinem Gläubiger mit dessen Einwilligung ein Capital, für welches keine Zinsen versprochen worden waren, vor der Verfallzeit bezahlt, sich von dem Capitale so viel abziehen kann, als die Zinsen vom Augenblicke der Zahlung an bis zur Verfallzeit betragen.

§. 649.

5. Condictio certi ex mutuo.

Die Klage, welche aus dem Darlehns-Contrakte angestellt werden kann, ist die *condictio certi ex mutuo s. actio mutui*: actio personalis, quam creditor aduersus debitorem instituit ad res fungibiles in mutuum traditas in eadem quantitate et qualitate restituendas: L. 9. pr. D. *de Reb. cred.* u. pr. in fin. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.* Diese Klage ist eine directa, weil sie auf das implementum obligationis gerichtet wird und überhaupt die einzige, welche beym Darlehns-Contrakte vorkommen kann. Denn es ist kein Fall denkbar, in welchem eine actio mutui conraria angestellt werden könnte, da das mutuum ein contractus stricti iuris ist und es sich bloß darum handelt, ob der angebliche Schuldner die fragliche Quantität von rebus fungibilibus empfangen habe oder nicht. Da aber heut zu Tage der Begriff des contractus stricti iuris wegfällt, so kann mit der condictio certi ex mutuo auch zugleich auf die Zinsen geklagt werden.

§. 650.

6. SC. Macedonianum.

Dieses Gesetz wurde unter Claudius im J. 800. gegeben und späterhin unter Vespasian auf's Neue eingeschärft. Es hat seinen Namen von einem ausschweifenden filiusfamilias, Macedo, welcher, um seine Gläubiger zu befriedigen, seinen Vater tödtete.

Der Inhalt desselben, welcher noch heut zu Tage gilt, ist der, daß ein filiusfamilias, der ein Darlehn aufgenommen hat, zur Rückzahlung desselben nicht verbunden ist, sondern dem Gläubiger, der darauf klagt, eine exceptio entgegenstellen kann und diese ist die exceptio SC. Macedoniani: L. 1. D. *de SC. Macedon.*

Ueber dieses Gesetz sind aber noch folgende Bemerkungen von Wichtigkeit:

1) die obligatio *naturalis* des filiusfamilias ist dadurch nicht gänzlich aufgehoben worden, denn wenn derselbe das Darlehn zurückgezahlt hat, so kann er das Geleistete nicht zurückfordern: L. 9. §. 4. u. 5. u. L. 10. D. *de SC. Maced.* (§. 633.),

2) das Gesetz ist ausschließlich für die filiosfamilias gegeben, welche nicht mit den Minderjährigen oder Pupillen verwechselt werden dürfen,

3) auch beschränkt es sich auf das einzige Geschäft des Darlehns, leidet also auf andere Geschäfte, z. B. auf den Kauf, Pacht 2c. schlechterdings keine Anwendung: L. 3. §. 3. D. *eod.* und eben so wenig auf solche, welche erst durch Novation in ein mutuum verwandelt worden sind: L. 3. C. *Ad SC. Maced.*,

4) die exceptio SC. Macedoniani kommt auch den Erben: L. 7. §. 10. D. *de SC. Maced.*, so wie den Bürgen des filiusfamilias zu Statten: L. 7. §. 1. D. *de Except.* die letzteren müßten denn auf den Wunsch des Vaters die Bürgschaft übernommen haben: L. 9. §. 3. D. *de SC. Maced.*,

5) Endlich giebt es auch Ausnahmen, in welchen die exceptio SC. Macedoniani wegfällt, wenn auch alle Erfordernisse derselben vorhanden sind:

a. wenn der filiusfamilias das Darlehn zum Nutzen seines peculium militare aufgenommen hat: L. 1. §. 3. D. *eod.*,

b. wenn er nach beendigter, väterlicher Gewalt die contrahirte Schuld ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat: L. 2. C. *eod.*,

c. wenn er sich dolose für einen paterfamilias unter Umständen ausgegeben hat, unter welchen der Gläubiger seiner Versicherung Glauben beymessen konnte: L. 1. C. *eod.*,

d. wenn der Vater in das Geschäft eingewilligt oder dasselbe veranlaßt hat, in welchem Falle er mit der actio quod iussu belangt wird: L. 4. C. *eod.*,

e. wenn der filiusfamilias mit einer persona aeque priuilegiata, also mit einer solchen contrahirt hat, welche ebenfalls in väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht: L. 3. §. 2. u. 3. D. *eod.* und

f. wenn der Gläubiger die versio in rem beweisen, d. h. wenn er darthun kann, daß der filiusfamilias oder dessen Vater reellen Nutzen aus dem Darlehne bezogen haben: L. 7. §. 12. D. *eod.*

II. Commodatum.

§. 651.

1. Begriff und rechtliche Natur.

Commodatum (Leihcontrakt): contractus realis, quo res aliqua nec fungibilis alteri in vsum gratuitum, sed omni ex parte definitum, ita traditur, vt certo tempore in eadem specie restituatur: §. 2. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*

Die bey diesem Contrakte concurrirenden Personen heißen commodans, welcher die Sache übergiebt, und commodatarius, welcher sie zu seiner Benutzung empfängt.

Ueber die rechtliche Natur dieses Contraktes sind folgende Grundsätze zu merken:

1) den Namen hat das commodatum davon, daß es bloß zum Nutzen des Empfängers eingegangen wird. Es ist daher kein Fall denkbar, in welchem dieses Geschäft zum Nutzen des commodans eingegangen würde. Denn jeder Vortheil, den der letztere vielleicht daraus zieht, ist in juristischer Hinsicht nur als ein zufälliger zu betrachten;

2) sowohl die Zeit, als der Gebrauch, zu welchem die Sache übergeben wird, muß fest bestimmt seyn, wie wenn z. B. Jemandem ein Pferd zur Reise an einen bestimmten Ort dergestalt geliehen wird, daß er zu einer bestimmten Zeit zurückkehren muß. Vgl. L. 12. pr. D. *de Prec.* — L. 1. pr. u. §. 3. *eod.*

Und hierdurch unterscheidet sich das commodatum vom precarium, bey welchem letztern Zeit und Gebrauch unbestimmt sind;

3) der Gebrauch muß unentgeldlich überlassen werden, weil außerdem der Begriff der locatio conductio entstehen würde: §. 2. sub fin. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.* Will aber der commodatarius dem commodans freywillig ein Zeichen seiner Dankbarkeit zukommen lassen, so steht dieß dem Begriffe des Geschäftes nicht entgegen: honorarium non mutat naturam contractus: L. 6. pr. D. *Mand.*;

4) der Gegenstand dieses Contraktes kann jederzeit nur eine res *nec* fungibilis seyn: L. 1. §. 1. D. *Commod.*, denn auch das sogenannte commodatum dicis caussa s. ostentationis gratia: L. 3. §. 6. D. *eod.* wird im Sinne des Rechts nur an einer res *nec* fungibilis eingegangen, weil das Geld, welches Jemandem auf eine bestimmte Zeit überlassen wird, daß er damit prahlen könne, in eadem specie zurückgegeben werden muß, durch diese Bestimmung aber die Natur der res fungibilis verliert. Die res *nec* fungibilis aber kann eben sowohl immobilis, als mobilis seyn: L. 1. §. 1. D. *eod.* Endlich muß

5) die geliehene Sache zur bestimmten Zeit in eadem specie zurückgegeben werden, weil der Empfänger keinesweges, wie es beym mutuum der Fall ist, Eigenthümer der geliehenen Sache wird: L. 9. D. *eod.* u. §. 2. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*

§. 652.

2. Wirkungen.

a. von Seiten des commodatarius.

Aus dem Contrakte selbst wird nur der commodatarius verbindlich, weil das commodatum ein contractus *vnilateralis* ist, überhaupt aber liegen ihm folgende Verpflichtungen ob:

1) er muß culpam leuissimam leisten, weil er den alleinigen Vortheil aus dem Geschäfte hat: L. 5. §. 2. in fin. D. *Commod.*,

2) er darf die Sache zu keinem andern, als dem vorgeschriebenen Zwecke gebrauchen, weil er außerdem ein furtum vsus begehen würde: §. 6. u. 7. Inst. *de Oblig. quae ex del. nasc.* und in diesem Falle auch für den casus haften müßte: §. 2. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*,

3) er muß die impensas necessarias *modicas* aus eigenen Mitteln bestreiten: L. 18. §. 2. D. *Comm.* und

4) mehrere commodatarii zugleich sind in solidum verbunden: L. 5. §. 15. D. *eod.*

§. 653.

b. Von Seiten des commodans.

Der commodans kann nie aus dem Contrakte, sondern nur bey Gelegenheit desselben ex post facto verbindlich werden und zwar entweder, wenn der commodatarius impensas necessarias *magnas* auf die Sache verwendet: L. 18. §. 2. D. *Comm.* oder der commodans durch seine culpa lata dem commodatarius einen Schaden zugefügt hat, zu dessen Ersatze er stets verbunden ist. Hierher gehören folgende Fälle:

1) wenn der commodans eine res nociua übergeben hatte, wie z. B. ein Gefäß, in welchem Gift gewesen und welches nicht wieder gereinigt worden war: L. 18. §. 3. D. *eod.* und

2) wenn er die Sache vor Ablauf der bestimmten Gebrauchszeit zurücknimmt und durch diese reuocatio intempestiua dem commodatarius einen Schaden zufügt, z. B. wenn er die Balken, die er zum Stützen eines Hauses geliehen hatte, vor der gänzlichen Wiederherstellung des letztern wieder weggezogen hat: L. 17. §. 3. D. *eod.*

§. 654.

3. Klagen.

Die Klage, welche aus dem Leihcontrakte entsteht, ist nur eine einzige, weil das commodatum ein contractus *vnilateralis* ist, nämlich: *actio commodati directa:* actio personalis, quam commodans veniente die aduersus commodatarium instituit ad rem commodatam in eadem specie restituendam: L. 1. pr. D. *Comm.* u. §. 2. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*

Hingegen bey Gelegenheit dieses Contraktes entsteht die *actio commodati contraria*: actio personalis, qua vtitur commodatarius aduersus commodantem ad damnum occasione commodati illatum, sibi resarciendum: L. 17. §. 3. u. L. 18. §. 2. D. *Commod.*

III. Contractus pignoratitius.

§. 655.

1. Rechtliche Wirkungen:

a. von Seiten des Pfandgläubigers.

Der Begriff und die rechtliche Natur des Pfandcontraktes sind bereits oben (§. 488.) ausführlich erklärt worden und es ist deshalb nur noch von den **rechtlichen Wirkungen** und von den **Klagen** zu handeln, welche aus diesem Contrakte entspringen.

Die rechtlichen Wirkungen sind von Seiten des **Pfandgläubigers** folgende:

1) er muß, wenn der Schuldner zu rechter Zeit das Hauptgeschäft erfüllt hat, die verpfändete Sache in eadem specie zurückgeben: §. 4. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*,

2) er hat bey Verwahrung der Pfandsache culpam leuissimam zu leisten: L. 13. §. 1. D. *de Pign. act.* und

3) er darf die Sache nicht in Gebrauch nehmen, weil er außerdem ein furtum vsus begehen würde und dann auch für den casus haften müßte: §. 6. Inst. *de Oblig. quae ex del. nasc.*

§. 656.

b. Von Seiten des Pfandschuldners.

Die rechtlichen Wirkungen von Seiten des **Pfandschuldners** sind aber folgende:

1) er bleibt, so lange der Contrakt besteht, **Eigenthümer** der verpfändeten Sache: L. 35. §. 1. D. *de Pign. act.*,

2) er muß aber, so lange er das Hauptgeschäft noch nicht vollständig erfüllt hat, die Sache in den Händen des Pfandgläubigers lassen: L. 8. pr. D. *eod.*,

3) er muß dem Pfandgläubiger alle impensas necessarias erstatten, welche dieser auf die Pfandsache verwendet hat: L. 8. *cit.*— Von impensis *vtilibus* und *voluptuariis* kann natürlich hier keine Rede seyn, weil der Gläubiger die facies rei nicht verändern darf und, was die *necessarias* betrifft, eben so wenig von der Eintheilung derselben in modicas und magnas, weil in der Regel dem Pfandgläubiger die Benutzung der Sache nicht zusteht und, wenn dieß dennoch kraft des pactum antichreticum der Fall ist,

der Nutzen, den die Sache gewährt, an die Stelle der Zinsen tritt: L. 8. D. *In quib. caus. pign. tac.* u. L. 17. C. *de Vsur.* (§. 505.),

4) er ist zur Leistung der culpa leuis in abstracto verbunden: §. 4. Inst. *Quib. mod. re contr. oblig.* und muß

5) auf den Fall, daß er dem Gläubiger eine fremde Sache verpfändet hat, diesem Eviction leisten: L. 9. pr. *de Pign. act.*

§. 657.

2. Klagen.

Da der contractus pignoratitius ein *vnilateralis*, also ein solcher ist, dessen implementum nur von einer Seite gefordert werden kann, so kann aus demselben nur eine Klage angestellt werden: *actio pignoratitia directa*: actio personalis, quam debitor pignoratitius, qui iusto tempore solutionem praestitit, aduersus creditorem pignoratitium instituit ad rem oppignoratam cum omni caussa restituendam: §. 4. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.* u. L. 9. §. 3. u. 4. D. *de Pign. act.*

Hingegen bey Gelegenheit dieses Contraktes kann die *actio pignoratitia contraria* erhoben werden: actio personalis, qua vtitur creditor pignoratitius aduersus debitorem pignoratitium ad indemnitatem sibi praestandam: L. 8. pr. D. *eod.* Doch wird diese Klage seltener vorkommen, weil dem Gläubiger das Retentionsrecht zusteht: ibid.

IV. Depositum.

§. 658.

1. Begriff und rechtliche Natur.

Depositum (Verwahrungs= oder Niederlegungscontrakt): contractus realis, quo quis rem aliquam nec fungibilem mobilem alteri in custodiam gratuitam ita tradit, vt, quandocumque tradenti placuerit, in eadem specie restituatur: L. 1. §. 8. u. 9. D. *Depos.*

Die hierbey concurrirenden Personen sind der deponens, welcher die Sache zur Aufbewahrung übergiebt, und der depositarius, welcher sich zur Aufbewahrung anheischig macht.

Die rechtliche Natur dieses Contraktes spricht sich in folgenden Merkmalen aus:

1) Der Gegenstand desselben ist in der Regel eine res *nec* fungibilis mobilis: §. 3. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.* u. L. 1. pr. D. *Depos.* Nur ausnahmweise kann das depositum auch an rebus *fungibilibus* begründet werden, wovon weiter unten,

2) der Zweck dieses Contraktes ist die custodia rei (Aufbewahrung einer Sache), welche zum Besten des deponens geschieht und stets unentgeldlich geleistet werden muß: L. 1. §. 8. D. *eod.*, obwohl auch hier ein honorarium nicht ausgeschlossen ist: L. 2. §. 24. D. *de Vi bon. rapt.* und

4) die Sache muß in jedem Augenblicke, in welchem der deponens es verlangt, in eadem specie zurückgegeben werden: L. 1. §. 22. D. *Depos.* u. §. 3. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*

§. 659.

2. Eintheilungen.

a. depositum regulare et irregulare.

Der Ausdruck: depositum *irregulare* kommt in einer dreyfachen Bedeutung vor:

1) in der weitern: quod vllo modo fines depositi excedit, z. B. wenn dem depositarius außer der Aufbewahrung auch die Verwaltung der res deposita übertragen worden ist,

2) in der engern: depositum rei nec fungibilis, cuius vsus depositario expresse concessus est und

3) in der engsten: quo res fungibiles nec clausae, nec obsignatae in custodiam traduntur: L. 24. D. *Depos.* u. L. 25. §. 1. *eod.* — Diese engste Bedeutung ist die einzige, welche die Quellen ausdrücklich anerkennen, daher man dieselbe stets zu präsumiren hat. Wenn nämlich Jemand eine Summe Geldes, welche weder verschlossen, noch versiegelt ist, einem Andern zur Aufbewahrung übergiebt, so hat dieser, ohne daß es ihm ausdrücklich gestattet worden ist, das Recht, jenes Geld in seinen Nutzen zu verwenden, wenn er nur, so bald es der deponens verlangt, tantundem zurückgiebt. Diese Art des depositum irregulare kann also nur stillschweigend eingegangen werden, denn wenn der deponens den Gebrauch des Geldes ausdrücklich gestattet, so verwandelt sich das depositum in ein mutuum und zwar in dem

Augenblicke, in welchem der depositarius von der ihm ertheilten Erlaubniß Gebrauch gemacht hat: L. 10. D. *de Reb. cred.*

§. 660.

b. Depositum simplex et miserabile.

Depositum miserabile: quod vrgente summa calamitate contrahitur: §. 17. Inst. *de Act.* Dieser Contrakt wird bey irgend einem Unglück, welches dem depositarius begegnet, z. B. bey Schiffbruch, Feuersbrunst, Wassersnoth, Plünderung oder feindlicher Belagerung eingegangen. Weil nun der deponens in einer solchen Lage nicht überlegen kann, wem er sein Vertrauen schenken und wen er mit der Aufbewahrung seiner Sache beauftragen wolle, so wird ein solches depositum strenger, als ein depositum simplex behandelt, indem der depositarius, welcher ein depositum miserabile verläugnet, zum Ersatze des doppelten Werthes angehalten werden kann: L. 1. §. 1—4. D. *Depos.*, obwohl eigentlich die Leistung des vierfachen Werthes vorgeschrieben seyn sollte, da schon das depositum simplex ein contractus *sanctus* ist.

§. 661.

3. Rechtliche Wirkungen.

a. von Seiten des depositarius.

Auch das depositum ist ein contractus *vnilateralis*, aus welchem nur ein Contrahent, nämlich der depositarius verbindlich wird. Die einzelnen Verpflichtungen, welche diesem obliegen, sind folgende:

1) er muß custodiam praestare, d. h. er muß die bey ihm niedergelegte Sache in sichere Verwahrung nehmen: L. 1. pr. D. *Depos.*,

2) er hat für die culpa leuis in concreto zu haften, weil der deponens, abgesehen vom depositum miserabile, selbst am Besten wissen muß, wem er seine Sache anvertraut: §. 3. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.* Aber eben aus diesem Grunde hat der depositarius beym depositum *miserabile* die culpa leuissima zu leisten,

3) der casus kann in der Regel den depositarius niemals treffen, weil der deponens Eigenthümer der übergebenen Sache bleibt. Eine Ausnahme findet dagegen beym depositum irregulare im engsten Sinne Statt. Hier ist zu unterscheiden, ob der depo-

sitarius zu der Zeit, als sich der casus ereignete, die res fungibiles schon angegriffen, also den Anfang gemacht hat, sie zu gebrauchen (vtrum res de loco mouerit), oder nicht. Im erstern Falle muß den casus allerdings der depositarius tragen, im letztern bleibt er beym deponens: L. 10. D. *de Reb. cred.*,

4) der Gebrauch der übergebenen Sache ist, wie bereits oben gesagt wurde, dem depositarius in der Regel nicht gestattet. Daher begeht derselbe, gleich dem commodatarius, ein furtum vsus, wenn er die Sache dennoch in Gebrauch nimmt: §. 6. Inst. *de Oblig. quae ex del. nasc.* und

5) in der Regel muß die übergebene Sache in eadem specie zurückgegeben werden und nur ausnahmweise, wenn res fungibiles weder verschlossen noch versiegelt niedergelegt worden waren, ist tantundem zu restituiren. Die Zurückgabe muß in dem Augenblicke geschehen, in welchem sie der deponens verlangt: §. 3. Inst. *Quib. mod. re contr. oblig.* u. L. 1. §. 22. D. *Depos.* und der depositarius kann sich gegen dieses Verlangen durch keine exceptio schützen, durch welche er vielleicht Gegenforderungen geltend machen will: L. 11. C. *eod.* Auch kann er sich nicht auf ein pactum adiectum berufen, durch welches eine bestimmte Zeit für die Rückgabe festgestellt worden sey: L. 1. §. 45. u. 46. D. *eod.* Mehrere depositarii können, wie beym commodatum, sammt und sonders, also in solidum belangt werden: L. 1. §. 43. D. *eod.*

§. 662.

b. Von Seiten des deponens.

Der deponens kann nur bey Gelegenheit des Contraktes verbindlich werden und zwar in folgenden Fällen:

1) wenn er impensas *necessarias* auf die Sache verwendet hat: L. 12. pr. D. *Depos.* Sollte die res deposita eine res *nec* fungibilis, dem depositarius aber der Gebrauch derselben erlaubt gewesen seyn (depositum irregulare im engern Sinne), so hat der deponens bloß die impensas necessarias *magnas* zu restituiren: L. 18. §. 2. D. *Commod.* — Von impensis vtilibus und voluptuariis kann beym depositum keine Rede sein, weil die Sache in eadem specie zurückgegeben werden muß;

2) wenn der deponens durch sein Verschulden dem depositarius einen Schaden zugefügt hat, wie z. B. durch Uebergabe einer

res nocina. In diesem Falle muß er culpam leuissimam leisten, weil er den ganzen Vortheil vom Geschäfte hat: L. 5. §. 2. D. *Commod.*

§. 663.

4. Sequestrum.

Eine besondere Gattung des depositum ist das *sequestrum*: depositum rei litigiosae: L. 110. D. *de V. S.* Wenn nämlich über eine bestimmte Sache ein Proceß anhängig ist, so kann die Sache zu einstweiliger Verwahrung einem Dritten übergeben werden, welcher sequester genannt wird, so wie die Aufbewahrung selbst sequestratio heißt. Doch läßt es sich nicht läugnen, daß sich das sequestrum zuweilen auch auf solche Gegenstände bezieht, welche nicht streitig sind. So kann z. B. eine in Nießbrauch gegebene Sache sequestrirt werden, wenn der vsufructuarius außer Stande ist, Caution zu leisten (§. 473.)

Das sequestrum wird in voluntarium und necessarium eingetheilt, jenachdem es mit oder ohne Bewilligung des bisherigen Besitzers Statt findet: L. 21. §. 3. D. *de Appellat.* und im Uebrigen ganz nach den Grundsätzen beurtheilt, welche über das depositum gelten: L. 5. §. 1. u. L. 12. §. 2. D. *Depos.*

§. 664.

5. Klagen.

Aus dem depositum, als einem contractus vnilateralis, entspringt nur eine einzige Klage, nämlich die *actio depositi directa*: actio personalis, quam deponens aduersus depositarium instituit ad rem depositam cum omni caussa restituendam: §. 3. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*

Aber bey Gelegenheit des depositum kann auch eine andere Klage angestellt werden: *actio depositi contraria*: actio personalis, quam depositarius ex post facto aduersus deponentem instituit ad indemnitatem sibi praestandam: L. 5. pr. D. *Depos.*

Zweyte Abtheilung.

Contractus reales innominati.

§. 665.

I. Regulares.

Die contractus reales innominati regulares sind, wie bereits oben gesagt wurde, unter vier verschiedene Formen gebracht: do vt des, do vt facias, facio vt des und facio vt facias: L. 5. pr. D. *de Praescr. verb.* — Von den beyden erstgenannten leuchtet die Natur der Real-Contrakte vollkommen ein, die beyden letztern sind jedoch nur insofern Real-Contrakte zu nennen, als man annimmt, daß bey ihnen das facere an die Stelle des dare s. tradere tritt, daß also diese Contrakte nicht eher als perfect oder abgeschlossen betrachtet werden können, als wenn, außer der ertheilten Einwilligung, auch bereits eine bestimmte Handlung von Seiten des einen Contrahenten erfolgt und hierdurch der andere Contrahent verpflichtet worden ist, auch von seiner Seite diejenige Handlung vorzunehmen, welche in der Tendenz des Geschäftes liegt. Die Beyspiele der regulären Innominat-Contrakte können natürlich höchst mannigfaltig seyn und lassen sich keineswegs auf eine geschlossene Reihe zurückführen, doch sind folgende zum Theil der angeführten L. 5. D. *de Praescr. verb.* entnommen:

1) do vt des: wenn Jemand dem Andern eine goldene Schale übergiebt, damit ihm dieser, in Gemäßheit der getroffenen Verabredung, einen bestimmten Sclaven ausantworte: §. 1. Dieser Contrakt wurde aber später mit dem Eigennamen der permutatio (des Tauschcontraktes) bezeichnet und daher unter die irregulares versetzt,

2) do vt facias: wenn Jemand dem Andern eine Summe Geldes übergiebt, damit dieser einen bestimmten Sclaven manumittire: §. 2.,

3) facio vt des: wenn Jemand für eine bestimmte Summe Geldes ein Geistes-Product liefert, welches, weil es ein solches ist, nicht nach Gelde geschätzt werden, mithin auch nicht der Gegenstand der locatio conductio seyn kann. Vgl. §. 3. und

4) facio vt facias: wenn Jemand für einen Andern die in Carthago außenstehenden Schulden eincassirt, damit dieser,

der getroffenen Verabredung gemäß, dasselbe in **Rom** für ihn thue: §. 4.

Ursprünglich waren die sämmtlichen Innominat-Contrakte: regulares und die später entstandenen irregulares sind bloße Abarten derselben, denen man aber deswegen besondere Namen gab, weil sie am Häufigsten vorkamen und daher vor allen übrigen einer gesetzlichen Normirung bedurften.

II. Irregulares.

§. 666.

1. Permutatio.

Die contractus reales innominati irregulares sind dreyfach: 1) permutatio, 2) contractus aestumatorius und 3) contractus suffragii.

Permutatio (Tauschcontrakt): contractus realis, quo quis rem aliquam alteri ita tradit, vt hic aliam rem tradat: L. 5. §. 1. D. *de Praescr. verb.* Da dieser Vertrag ein **Realcontrakt** ist, so hat er seine caussa ciuilis in der traditio, ist also juristisch nicht eher als perfect oder geschlossen zu betrachten, bis der **eine** Contrahent die in Rede stehende Sache von **seiner** Seite bereits übergeben hat. Daher ist die permutatio nach R. R. ein contractus *vnilateralis*, weil nur **ein** Theil zum implementum derselben verbunden ist, nämlich Der, welcher die von dem Andern übergebene Sache in Empfang genommen und sich hierdurch zur Gegenleistung verbindlich gemacht hat. Derjenige Contrahent aber, welcher zuerst übergab, leistete kein implementum, sondern seine traditio bewirkte nur die perfectio negotii und war insofern allerdings eine praestatio principalis.

Das **heutige** Recht hat aber der permutatio, wegen des Grundsatzes: pacta sunt seruanda, eine **andere** Natur beygelegt. Es hat die traditio als caussa ciuilis verworfen und dafür den bloßen consensus substituirt, also folgenden Begriff aufgestellt: contractus consensualis de re aliqua pro alia re in alterum ita transferenda, vt eam sibi habere possit. Aus dieser Definition ergiebt sich von selbst, daß die permutatio heut zu Tage ein contractus *bilateralis* und schon dann als geschlossen zu betrachten ist, wenn beyde Theile ihre Einwilligung gegeben haben. Daher kann jeder der Contrahenten **zuerst** auf Uebergabe der versprochenen

Sache klagen, wenn er sich nur bereit zeigt, auch die seinige zu übergeben.

§. 667.

2. Contractus aestumatorius.

Contractus aestumatorius (Tröbel-Contrakt): contractus realis, quo quis rem venditionis gratia aestimatam alteri ita tradit, vt certo tempore vel eandem rem restituat, vel pretium aestimatum soluat: L. 1. D. *de Aestimator.*

Dieser Contrakt ist auch nach heutigem Rechte ein contractus *realis* und nicht eher als geschlossen anzusehen, als bis der Eigenthümer die Sache dem Trödler übergeben hat, welcher nun durch die Empfangnahme derselben ganz allein zum implementum verpflichtet wird, weshalb denn auch dieser Vertrag ein contractus *vnilateralis* ist.

Hier darf aber eine bekannte Controverse nicht mit Stillschweigen übergangen werden, nämlich ob der contractus aestumatorius eine Veräußerung enthalte, oder nicht? Dieser Zweifel hat sich nämlich aus einer Antinomie gebildet, welche sich zwischen zwey Fragmenten Ulpians herausstellt: L. 1. §. 1. D. *de Aestimat.* u. L. 17. §. 1. D. *de Praescr. verb.* — In der erstern Stelle heißt es: „aestimatio periculum facit eius, qui suscepit", in der letztern aber: „*Pomponius* scripsit, si quidem ego te venditor *rogaui*, meum esse periculum, si tu me; tuum, si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, vt dolum et culpam mihi praestes". Auf dieses letztere Fragment berufen sich Die, welche den Satz vertheidigen, daß der Trödelcontrakt nicht immer eine Veräußerung enthalte, indem man unterscheiden müsse, wer zu Abschließung desselben Veranlassung gegeben habe. Aber diese Antinomie hat auf die Entscheidung der vorliegenden Frage keinen Einfluß, weil nicht allemal Derjenige als der Eigenthümer einer Sache zu betrachten ist, welcher den casus derselben trägt, wie dieß z. B. in Hinsicht auf den Käufer der Fall ist: §. 3. Inst. *de Emt.* Ohne daher auf den Widerspruch zwischen jenen beyden Fragmenten einzugehen, kann man die Richtigkeit des Satzes, daß jeder contractus aestumatorius eine Veräußerung enthalte, durch folgende Gründe erweisen:

1) der Trödler hat die Sache *venditionis* gratia aestimata empfangen: L. 10. §. 6. D. *de Iure dot.*, mithin die Wahl, ob

er die Sache zur bestimmten Zeit in eadem specie zurückgeben, oder den festgesetzten Preis bezahlen wolle (§. 278.),

2) hieraus folgt wieder, daß der bisherige Eigenthümer auf die Sache selbst weiter keine Ansprüche machen kann, wenn der Trödler dieselbe veräußert, vernichtet oder auf andere Weise darüber verfügt hat, indem er bloß zur Bezahlung des pretium aestimatum verbunden ist und

3) wenn der contractus aestumatorius keine Veräußerung enthielte, das Eigenthum der Sache also bis zum dies veniens bey dem bisherigen Eigenthümer verbliebe, so müßte dieser, wenn der Trödler zur bestimmten Zeit nicht zahlte, die Sache bey jedem dritten Besitzer vindiciren können. Daß er aber dieß nicht kann, geht unbezweifelt aus der angeführten L. 17. §. 1. D. *de Praescr. verb.* hervor, wo lediglich von der persönlichen Klage die Rede ist, welche der bisherige Eigenthümer gegen den Trödler anstellen kann.

§. 668.

3. Contractus suffragii.

Contractus suffragii (Fürworts-Contrakt): contractus realis, quo quis alteri aliquam rem eo fine tradit, vt hic pro ipso apud principem intercedat. Der Empfänger darf aber mit der Verleihung des Vortheiles, welchen der Uebergebende zu erhalten wünscht, von Amtes wegen nichts zu thun haben: Nov. 8. c. 1. und der zu ertheilende Gegenstand darf kein öffentliches Amt seyn: Nov. 161. c. 1. u. 2., wovon jedoch die militiae der Römer auszunehmen sind, welche bekanntlich in commercio und also käuflich waren. Die rechtliche Wirkung dieses Contraktes äußert sich nur darin, daß Der, welcher zu Abschließung desselben eine Sache übergeben hat, diese zurückfordern kann, wenn der Empfänger seinem Versprechen nicht Genüge leistet. Denn eine actio directa auf Einlegung eines Fürwortes ist nicht denkbar.

III. Klagen.

§. 669.

1. Auf Erfüllung.

Diejenige Klage, welche aus den contractibus realibus *innominatis* entspringt, es mögen nun dieselben regulares oder irre-

gulares seyn, wird mit dem allgemeinen Namen der actio in factum praescriptis verbis bezeichnet, weil, wie bereits oben gesagt worden ist, die Innominat-Contrakte keine gleichbenamten Klagen hervorbringen. Die erwähnte Klage ist stets eine actio directa und wird daher auf das *implementum* contractus angestellt.

§. 670.

2. Auf Rescission.

Eine ganz besondere Eigenheit hatten aber die contractus reales innominati nach R. R., nämlich das ius poenitendi: L. 5. §. 1. D. *de Praescr. verb.* Dieses bestand darin, daß Der, welcher durch Uebergabe von seiner Seite den Contrakt zum Abschluß gebracht hatte, jedoch der Erfüllung desselben von Seiten des andern Contrahenten vergeblich entgegen sah, die Wahl hatte, ob er die actio *directa* (in factum praescriptis verbis) auf Erfüllung des Contraktes anstellen, oder die von ihm selbst übergebene Sache zurückfordern, mithin eine Klage auf Rescission des Geschäftes richten wollte. Diese letztere war die condictio caussa data caussa non sequuta s. condictio ob caussam datorum: L. 3. §. 2. D. *de Condict. caus. dat.* — Das ius poenitendi fällt heut zu Tage weg, indem bloß auf Erfüllung des Geschäftes geklagt werden kann. Hierdurch ist jedoch die erwähnte condictio keinesweges aufgehoben, dieselbe kann vielmehr dann angestellt werden, wenn die Erfüllung des Contraktes von der andern Seite unmöglich oder nutzlos geworden ist.

Zweytes Capitel.

Von den Consensual-Contrakten.

Erste Abtheilung.

Emtio-Venditio.

§. 671.

I. Begriff.

Emtio venditio (Kauf): contractus consensualis de re aliqua in alterum pro certo pretio ita transferenda, vt eam sibi habere possit: pr. u. §. 1. Inst. *de Emt. et vend.* — L. 1. §. 2. u.

L. 2. §. 1. D. *de Contrah. emt.* Dieser Contrakt hat drey essentialia, nämlich consensus, res und pretium. Der Zweck desselben ist aber keinesweges der, daß das Eigenthum der verkauften Sache auf den Käufer übergetragen werden soll, weil der Verkäufer selbst dieses in den wenigsten Fällen versprechen kann, sondern der, daß die Sache in die vacua possessio des Käufers übergehe, welche in der gegebenen Definition mit den Worten bezeichnet wird: vt eam sibi habere possit. Der Verkäufer kann sich also durch den Kaufcontrakt nur dazu verbindlich machen, dem Käufer den Schaden zu ersetzen, welchen derselbe dadurch erleiden könnte, daß er durch Urthel und Recht gezwungen würde, die gekaufte Sache wieder herauszugeben, also ihm Eviction zu leisten: L. 30. §. 1. D. *de Act. emt.*

II. Wesentliche Bestandtheile.

§. 672.

1. Consensus.

Da der consensus die caussa ciuilis des Kaufes ist, so muß auch derselbe als abgeschlossen (perfect) betrachtet werden, so wie beyde Contrahenten ihre Einwilligung erklärt haben, welche auch bloß mündlich ertheilt werden kann: L. 38. D. *de Oblig. et act.*, so daß es also zur Gültigkeit des Kaufcontraktes nicht erst einer Leistung von der einen oder andern Seite bedarf. Doch giebt es gewisse Fälle, in welchen der consensus, kraft besonderer gesetzlicher Vorschriften, jener rechtlichen Wirkung ermangelt, denn

1) durften Staatsbeamte und Soldaten, welche in die Provinzen gesendet worden waren, keine daselbst gelegenen Grundstücke kaufen: L. 62. pr. D. *de Contrah. emt.*,

2) die Verwalter fremder Güter, also z. B. die Vormünder, sollen dieselben nicht durch Kauf an sich bringen können: L. 46. D. *eod.* und

3) der Arzt darf von seinem Kranken, wenn derselbe gefährlich darnieder liegt, ebenfalls nichts kaufen: L. 3. D. *de Extraord. cognit.* u. L. 9. C. *de Professor. et med.*

§. 673.

2. Res.

Alle Sachen, welche sich in commercio befinden, können gültiger Weise Gegenstände des Kaufes seyn (§. 374—379.), namentlich aber:

1) eben so wohl res *incorporales*, als *corporales*. Zu den erstern gehören

a. Realrechte, besonders die hereditas und die servitutes: L. 2. pr. u. §. 1. D. *de Hered. vel act. vend.* — L. 80. §. 1. D. *de Contrah. emt.* und

b. Personalrechte und Forderungen: L. 4. D. *de Hered. vel act. vend.*,

2) eben so wohl res *futurae*, als *praesentes*. Was die res futurae anlangt, so kann ein Kauf derselben unter einer dreyfachen Gestalt vorkommen:

a. als emtio von rebus *futuris* im eigentlichen Sinne, d. h. von welchen es, menschlichem Ansehen nach, erwartet werden kann, daß sie existiren werden. So können z. B. ganze Aerndten verkauft werden, ehe die Früchte zur Reife gediehen sind: L. 8. pr. D. *de Contrah. emt.* — Doch ist nach der Reichs-Polizey-Ordnung v. J. 1577. Tit. 19. §. 3. der Verkauf der Früchte auf dem Halme nur insofern gestattet, als derjenige Kaufpreis von den Contrahenten festgesetzt wird, welcher für das fragliche Getraide entweder zur Zeit des abgeschlossenen Kaufes, oder während des Zeitraumes von 14 Tagen nach der Aerndte als Marktpreis gilt,

b. als emtio von rebus *speratis*, von welchen nicht mit Gewißheit bestimmt werden kann, ob sie existiren werden oder nicht und deren Kauf nur dann eine rechtliche Wirkung haben kann, wenn die Hoffnung in Erfüllung geht. Hierher gehört die Erbschaft eines Intestat-Erben, welche dieser bey Lebzeiten des Testator verkauft. Wird in diesem Falle der Verkäufer nicht Erbe, so wird der Kaufcontrakt als nicht geschlossen betrachtet: L. 7. u. 8. D. *de Hered. vel act. vend.* und

c. als emtio spei. Hier ist der Gegenstand des Contraktes keinesweges eine körperliche Sache, auf welche vielleicht der Käufer seine Hoffnung richtet, sondern die Hoffnung selbst. Daher kommt es bey diesem Kaufe nicht darauf an, ob die Hoffnung erfüllt, oder getäuscht wird. Der Käufer hat sich durch dieses Geschäft eben nur das angenehme Gefühl bereiten wollen, was wir Hoffnung nennen und bezahlt für dieses den Kaufpreis, wie dieß beym Kaufe eines Fischzuges oder Lotterielooses vorkommt: L. 8. §. 1. D. *de Contrah. emt.*,

3) eben so wohl res *vniuersales*, als *singulares* und die ersteren können entweder vniuersitates facti oder iuris seyn (§. 381.), auch kann eine Gesammtheit von rebus singularibus dergestalt verkauft werden, daß für alle nur ein Preis ausgeworfen wird: Kauf über Bausch und Bogen, wovon weiter unten. Endlich können

4) auch res *alienae* gültiger Weise verkauft werden, da der Verkäufer bloß die vacua possessio zu gewähren hat. (§. 671.)

Daß Niemand eine res propria kaufen kann, versteht sich darum von selbst, weil Niemand Dasjenige erwerben kann, was er schon hat. Sollte aber der Eigenthümer einer Sache dieselbe auf den Fall kaufen, daß er nicht mehr Eigenthümer derselben seyn würde, was z. B. Statt finden kann, wenn ihm die Proprietät nur bis zu seinem Tode zusteht, er aber die Sache seinem Erben erhalten will und deshalb einen Kauf darüber abschließt, so ist dieß eine emtio venditio euentualis und bloß auf den Fall gerichtet, daß die Sache eine fremde geworden sey.

§. 674.

3. Pretium.

Pretium (Kaufpreis): certa summa pecuniae numeratae, quae pro re vendita ab emtore praestari debet. — Der Kaufpreis hat das Eigenthümliche, daß er jederzeit in baarem Gelde, niemals aber in anderen rebus fungibilibus bestehen kann, weil sonst kein Kauf, sondern ein Tausch vorhanden seyn würde: §. 2. Inst. *de Emt.* Sollten außer dem Gelde auch noch andere res fungibiles, oder nec fungibiles oder sogar Handlungen von dem Käufer zu leisten seyn, so werden dieselben nur als accessoria betrachtet und es ändert sich nichts an der Natur des Kaufes: L. 6. §. 1. u. 2. D. *de Act. emt. et vend.* Wenn aber das Geld nur den kleineren Theil der von dem Käufer übernommenen Leistung ausmacht, so muß freylich der Begriff des Kaufes wegfallen und derjenige eintreten, welcher nach den obwaltenden Umständen der passendste scheint.

Das pretium soll aber nach Vorschrift der Gesetze drey Haupterforderniſſen entsprechen, nämlich certum, verum und iustum seyn:

1) *certum*: omni ex parte definitum: §. 1. Inst. *de Emt.* Dieß ist wegen der Natur der res fungibiles unumgänglich noth-

wendig, deren juristische Existenz ohne Bestimmung der Quantität nicht gedacht werden kann. (§. 185.) Doch darf die Feststellung des pretium auch einem Dritten überlassen werden: L. vlt. C. *de Contrah. emt. et vend.*

Zuweilen wird das pretium dergestalt ausgeworfen, daß es als Gesammtpreis für mehrere einzelne Sachen anzusehen ist und auf den Werth, welchen jede der letztern an sich hat, weiter nichts ankommt. Daher die

Emtio venditio auersionalis s. per auersionem s. ad corpus (Kauf über Bausch und Bogen): qua plures res singulares simul ita venduntur, vt in pretio constituendo non singularum rerum, sed totius corporis ratio habeatur: L. 35. §. 5—7. D. *de Contrah. emt.* Diese kann dreyfach seyn:

a. im engern Sinne, bey welcher mehrere Sachen von verschiedener Art für einen und denselben Preis verkauft werden: L. 62. §. 2. D. *eod.*,

b. ad modum, bey welcher der Kaufpreis nicht für die ganze Gesammtheit, sondern nur für eine bestimmte Quantität, für ein gewisses Maaß oder Gewicht ausgeworfen wird. Hier ergiebt sich der Preis der Aversion erst dann, wenn das Zählen, Messen oder Wiegen geschehen ist: L. 35. §. 5. D. *eod.* und

c. modificatiua, bey welcher der venditor verspricht, für eine bestimmte Quantität der in der Aversion enthaltenen Gegenstände haften zu wollen. Ist nun dieselbe größer, so kann der Verkäufer keine Erhöhung des Kaufpreises verlangen, muß sich aber eine Verminderung des letztern gefallen lassen, wenn die Quantität hinter seinem Versprechen zurückbleibt.

2) *verum*: quod simulationem excludit. Es darf nicht aus der Quantität des Kaufpreises hervorgehen, daß das Geschäft kein Kauf, sondern eine Schenkung sey. Plus valet, quod agitur, quam quod simulatur: L. 38. D. *eod.* und

3) *iustum*: a quo laesio enormis abest. Die Verletzung über die Hälfte steht der Gültigkeit jedes Kaufes entgegen und wird erst unten erklärt werden.

III. Wirkungen.

§. 673.

1. Periculum et commodum rei venditae.

Es ist ein merkwürdiger Grundsatz des R. R., daß von dem Augenblicke an, in welchem die emtio venditio durch gegenseitige Einwilligung perfect geworden ist, jeder zufällige Schaden, welcher die Sache trifft, aber auch der ganze Vortheil, welchen dieselbe gewährt, auf den Käufer übergeht, ohne daß etwas darauf ankommt, ob die verkaufte Sache dem Käufer bereits übergeben worden sey, oder nicht: §. 3. Inst. *de Emt.* Hieraus geht hervor:

1) in Hinsicht auf das *commodum* rei venditae: daß der Verkäufer dem Käufer bey der traditio rei auch alle Accessionen, die seit dem geschlossenen Kaufe zum Vorschein gekommen, nicht minder alle seit dieser Zeit percipirten Früchte mit übergeben muß und

2) in Bezug auf das *periculum* rei venditae: daß der Käufer das pretium bezahlen muß, wenn auch die Sache casu fortuito untergegangen ist und er folglich von dem ganzen Geschäfte keinen Nutzen hat. Der Grund hiervon liegt in den oft erwähnten Aussprüchen des R. R.: „debitor speciei per casualem eius interitum ab obligatione sua liberatur“ und: „penes quem est commodum, penes eumdem quoque debet esse onus“.

Aber von der bis jetzt erklärten Regel über das periculum und commodum rei venditae giebt es mehrere Ausnahmen:

1) wenn res fungibiles nach Maaß, Zahl oder Gewicht verkauft worden sind, so geht das periculum und commodum nicht eher auf den Käufer über, als nach geschehener Ausmessung oder erfolgtem Zählen oder Wiegen. Wurde hingegen eine Aversion im engern Sinne verkauft, so geht das periculum und commodum gleich nach erklärter Einwilligung auf den Käufer über: L. 35. §. 5—7. D. *de Contrah. emt.*

2) wenn der Kauf unter einer conditio *suspensiua* geschlossen ist und die Sache vor Eintritt der Bedingung untergeht, so trifft der casus den Verkäufer, wurde sie aber bloß deteriorirt, so muß der Käufer, wenn die Bedingung eintritt, den Schaden tragen: L. 8. pr. D. *de Peric. et comm. rei vend.* — Anders

verhält es sich bey der conditio *resolutiua*, bey welcher der casus jederzeit den Käufer trifft, weil hier das Geschäft selbst schon als abgeschlossen betrachtet werden muß und

3) wenn der Kauf alternativ abgeschlossen worden ist, so daß der Käufer unter mehreren Sachen die Wahl haben soll, so muß, wenn eine dieser Sachen vor der Wahl untergegangen ist, der Verkäufer den casus tragen. Sind aber die sämmtlichen Sachen vor der Wahl untergegangen, so muß der Käufer den casus derjenigen Sache tragen, welche zuletzt untergegangen ist, d. h. er muß den wahren Werth dieser Sache vergüten: L. 34. §. 6. D. *de Contrah. emt.* Von selbst versteht es sich endlich, daß nach getroffener Wahl das periculum rei venditae auf den Käufer übergeht.

§. 676.

2. Implementum:

a. von Seiten des Verkäufers.

Der venditor übernimmt durch Abschließung des Kaufcontraktes folgende Verbindlichkeiten:

1) er muß die fragliche Sache dem Käufer cum omni caussa übergeben und zwar in vacuam possessionem, so wie frey von allen Lasten, wovon aber natürlich die öffentlichen Abgaben, welche auf der Sache haften, auszunehmen sind und welche auch der Verkäufer gar nicht besonders anzuzeigen braucht: L. 1. C. *Si propter publ. pensitat.* Andere onera muß der Verkäufer anzeigen, weil er außerdem auf Schadenersatz belangt werden kann;

2) er hat für alle verborgene Fehler der Sache zu haften, wenn er sie auch selbst nicht gekannt hat: L. 1. §. 1. D. *de Aedilit. ed.*;

3) er muß culpam leuissimam leisten: L. 5. §. 2. D. *Commod.* und

4) er muß dem Käufer Eviction gewähren: L. 70. D. *de Euict.*

§. 667.

b. Von Seiten des Käufers.

Der emtor hat aber von seiner Seite folgende Verbindlichkeiten zu erfüllen:

1) er muß das pretium bezahlen und zwar in dem Augenblicke, in welchem ihm die gekaufte Sache übergeben wird: L. 5. C. *de Act. emt. et vend.*, es müßte ihm denn Credit verwilligt worden seyn: §. 41. in fin. Inst. *de Rer. diuis.* Zahlt er erst später, so kann der venditor Verzugszinsen fordern: L. 18. §. 1. D. *de Vsur.*,

2) er muß ebenfalls culpam leuissimam leisten, denn er steht mit dem venditor in völlig gleichen Verhältnissen und

3) dem Verkäufer alle impensas necessarias vergüten, welche dieser nach abgeschlossenem Contrakte auf die Sache verwendet hat: L. 13. §. 22. D. *de Act. emt. et vend.*

Uebrigens ist hier noch ganz besonders zu bemerken, daß der Käufer durch die bloße Uebergabe der Sache noch nicht Eigenthümer derselben wird, wenn er nicht den Kaufpreis bezahlt hat, der venditor müßte ihm denn Credit gegeben haben: §. 41. Inst. *de Rer. diuis.*

IV. Pacta adiecta.

§. 678.

1. Pactum protimiseos.

Pactum protimiseos: quo venditor, si emtor rem rursus vendere velit, omnibus ceteris in emendo praeferendus est, dummodo easdem conditiones offerat: L. 75. D. *de Contrah. emt.* u. L. 21. §. 5. D. *de Act. emt. et vend.*

Das ius protimiseos (Vorkaufsrecht) kann aber nicht bloß durch einen Vertrag begründet werden, sondern auch auf dem Gesetze selbst und auf letztem Willen beruhen, daher die Eintheilung des ius protimiseos in *legale, testamentarium* und *conuentionale*.

Das gesetzliche Vorkaufsrecht steht nämlich folgenden Personen zu:

1) beym Verkaufe einer dem Schuldner gehörigen Sache demjenigen Gläubiger, welcher die stärkste Forderung hat: L. 16. D. *de Reb. auct. iud. possid.*,

2) dem dominus emphyteusis, wenn der emphyteuta das Grundstück verkaufen will: L. 3. C. *de Iure emphyt.* und

3) dem Fiscus beym Verkaufe von Erzen und Metallen: L. 1. C. *de Metallar.*

Wenn nun der Berechtigte in seinem Vorkaufsrechte, welches er durch das pactum protimiseos erworben hatte, verletzt wird, d. h. wenn der Eigenthümer die Sache an eine andere Person verkauft hat, so kann er in der Regel nur gegen den bisherigen Eigenthümer mit der actio venditi auf das id, quod interest klagen: L. 75. D. *de Contrah. emt.*, er müßte sich denn auf den Fall der Verletzung das Eigenthum der Sache oder ein Pfandrecht daran vorbehalten haben, denn dann gebraucht er die rei vindicatio oder actio hypothecaria gegen jeden dritten Besitzer.

§. 679.

2. Pactum addictionis in diem.

Pactum addictionis in diem: quo venditor ius sibi reseruat, rem meliori emtori, qui intra certum tempus venerit, concedendi: L. 1. D. *de In diem addict.* Unter einem melior emtor ist aber hier derjenige Käufer zu verstehen, welchen der venditor für einen solchen hält, dergestalt, daß der Verkäufer, wenn ihm auch von einem Andern bessere Bedingungen geboten werden, dennoch diese ausschlagen und vom ersten Käufer die Erfüllung des Contraktes verlangen kann: L. 9. D. *eod.*

Dieses pactum kann unter einer doppelten Form eingegangen werden, jenachdem es von den Contrahenten als conditio *suspensiua* oder als *resolutiua* behandelt wird, nämlich daß entweder der Kauf nicht eher als geschlossen betrachtet werden solle, als wenn der festgesetzte Tag erschienen ist, ohne daß sich ein besserer Käufer gemeldet habe, oder daß der Kauf geschlossen seyn, aber durch das Erscheinen eines bessern Käufers wieder aufgelöst werden solle. Im Zweifel ist die conditio *resolutiua* zu präsumiren: L. 1. D. *eod.* u. L. 2. §. 4. D. *Pro emt.* Die Wirkung dieses Unterschiedes besteht darin, daß bey der conditio resolutiua der Käufer sowohl in conditionem vsucapiendi kommt, wenn die gekaufte Sache eine fremde war, als auch das commodum rei venditae erwirbt und das periculum übernimmt: L. 2. §. 4. *cit.*, bey der conditio suspensiua aber von allem Diesem das Gegentheil Statt findet: L. 4. D. *de In diem addict.* u. L. 8. pr. D. *de Peric. et comm. rei vend.*

§. 680.

Uebrige pacta adiecta.

3. *Lex commissoria*: pactum adiectum, quo emtio venditio, si alterutra pars intra certum tempus obligationi suae haud satisfecerit, rescinditur: L. 2. D. *de Leg. comm.*

Dieses pactum kann nicht bloß zum Kaufe, sondern auch zu allen andern Contrakten hinzutreten, mit alleiniger Ausnahme des Pfandcontraktes: L. 3. C. *de Pact. pign.* (§. 502.)

Beym Kaufe pflegt die lex commissoria zu Gunsten des Verkäufers eingegangen zu werden, welcher dem Käufer bis zu einer bestimmten Zeit creditirt hat: L. 4. pr. D. *de Lege comm.* und die conditio, unter welcher sie geschlossen wird, ist im Zweifel auch hier als resolutiua anzusehen: L. 1. D. *eod.*, obwohl die suspensiua nicht ausgeschlossen ist: ibid.

Wenn nun der eine oder andere Contrahent sich säumig erweist, so hat der Gegner die Wahl, ob er noch auf Erfüllung des Contraktes klagen, oder Das, was er zu diesem Zwecke bereits geleistet hat, zurückfordern will: L. 3. D. *eod.*

4. *Pactum de retrouendendo*: quo emtor venditori rei restitutionem promittit, si hic intra certum tempus idem pretium obtulerit: L. 12. D. *de Praescr. verb.* u. L. 2. C. *de Pact. int. emt.* Der, welcher durch dieses pactum ein Recht erwirbt, ist der Verkäufer und das Recht selbst ist das ius reluendi (das Wiedereinlösungsrecht), welches jedoch nur ein ius personale ist und daher nicht gegen den dritten Besitzer geltend gemacht werden kann. Wenn kein terminus ad quem von den Contrahenten festgestellt worden ist, so kann dieses Recht 30 Jahre lang ausgeübt werden. Entgegengesetzt ist das pactum de retroemendo, durch welches der Verkäufer sich verbindlich macht, die Sache innerhalb einer bestimmten Zeit wieder zu kaufen und über welches im umgekehrten Verhältnisse dieselben Grundsätze gelten.

5. *Pactum poenitentiae s. displicentiae* (Reukauf): quo parti vtrique intra certum tempus ab inito contractu recedere licet: L. 3. D. *de Contrah. emt.* Kraft dieses Vertrages steht es jedem der Contrahenten frey, innerhalb einer bestimmten Zeit von dem abgeschlossenen Kaufe wieder zurück zu treten, ohne deshalb einen Nachtheil befürchten zu müssen. Wenn in dem pactum selbst keine Zeit festgesetzt worden ist, so kann das daraus entspringende Recht binnen 60 Tagen ausgeübt werden: L. 31. §. 22. D. *de Aedilit. ed.*

6. *Constitutum possessorium*: pactum, quo venditor per certum tempus possessionem rei venditae nomine emtoris continuare potest: L. 18. D. *de Adquir. vel am. poss.* Dieses ist die umgekehrte traditio breui manu facta (§. 395.), indem der Verkäufer nicht mehr den animus domini hat, sondern nur den Vortheil der Detention noch eine Zeit lang behält.

7. *Pactum reseruati dominii* und *reseruatae hypothecae.* Beyde Verträge setzen voraus, daß der venditor dem emtor die Sache auf Credit übergeben, sich aber zur Sicherung des Kaufpreises das Eigenthum oder eine Hypothek an der Sache vorbehalten habe: L. 41. pr. D. *de Rei vind.* — L. 1. §. 4. u. L. 2. D. *de Reb. eor. qui sub tut.* — L. 20. D. *de Precar.* Wenn das pactum reseruati dominii eingegangen worden ist, so trifft dennoch der casus den Käufer, denn der Verkäufer kann sich auf die Rechtsregel berufen: quod in alicuius vtilitatem introductum est, non debet in odium eius detorqueri. Endlich

8. Pactum de praestanda und de non praestanda euictione, von welchen beyden Verträgen bereits oben die Rede gewesen ist.

V. Rescission des Kaufcontraktes.

§. 681.

1. Wegen der laesio enormis.

Laesio enormis (Verletzung über die Hälfte): laesio, quam patitur is, qui vltra alterum tantum eius tradidit, quod accepit. Ueber die Hälfte ist Derjenige verletzt, welcher über noch einmal so viel weggegeben, als empfangen hat.

Das Gesetz, durch welches der Begriff der laesio enormis eingeführt wurde, ist die L. 2. C. *de Rescind. vend.*, welche von den Kaisern Diocletianus und Maximianus herrührt und diese ist in Verbindung zu setzen mit der L. 16. §. 4. D. *de Minorib.* Das Resultat dieser beyden Gesetzstellen ist: „vsque ad dimidium, si dolus absit, naturaliter se circumuenire licet": bis zur Hälfte des wahren Werthes kann man sich beym Kaufe gegenseitig hintergehen, weil es außerdem keinen Handel und Wandel und überhaupt keinen Verkehr geben würde. Auf diesen Grundsatz findet sich nun die Anwendung in der angeführten L. 2. C. *de Rescind. vend.*, wo die genannten Kaiser dem Verkäufer, aber nur diesem gestatten, die Auflösung des Geschäftes zu verlangen, wenn er für

die verkaufte Sache weniger empfangen hat, als die Hälfte des wahren Werthes beträgt. — Auf den Verkäufer wurde diese Sanction beschränkt, weil derselbe durch dringende Noth zur Veräußerung einer Sache gezwungen seyn kann, was in der Regel beym Käufer nicht vorkommt.

Die Praxis hat aber dieses Gesetz auch auf den Käufer ausgedehnt, so wie auf alle negotia, quae praestationem principalem ab vtraque parte requirunt, z. B. Tausch, Pacht, Trödelcontrakt 2c. — Großer Streit ist jedoch von jeher unter den Juristen über die laesio enormis des Käufers gewesen, indem Einige die arithmetische Proportion annehmen, so daß der Käufer schon dann enormiter laesus ist, wenn er für eine Sache, die 10 Thlr. werth ist, mehr als 15 Thlr. gegeben hat, Andere aber sich für die geometrische Proportion erklären, so daß der Käufer erst dann über die Hälfte verletzt ist, wenn er für dieselbe Sache mehr als 20 Thlr. bezahlt hat. Aber die letztere Ansicht, obwohl ihr die Praxis nicht zur Seite steht, dürfte deshalb den Vorzug verdienen, weil, wenn der Verkäufer nur in dem Falle enormiter laesus ist, daß er weniger, als die Hälfte des wahren Werthes erhalten hat, der Käufer nicht anders enormiter lädirt werden kann, als wenn er mehr, als das alterum tantum des wahren Werthes bezahlt, in welchem Falle sich erst dasjenige Verhältniß herausstellt, welches oben in der Definition angegeben wurde und mit der Lage des Verkäufers völlig übereinstimmt.

Ueber die laesio enormis sind nun folgende Grundsätze zu merken:

1) dem enormiter laesus stehen nach Verschiedenheit der Fälle zwey Rechtsmittel zu Gebote:

a. actio ex L. 2. C. *de Rescind. vend.*, welche jeder Verletzte auf Rescission des Geschäftes anstellen kann. Aber nur hierauf darf das petitum der Klage gerichtet werden, nicht auf Nachzahlung Dessen, was noch am wahren Werthe fehlt, obwohl der Beklagte die Wahl hat, ob er den einen oder andern Weg einschlagen will: L. 2. *cit.* und

b. exceptio laesionis enormis, welche der Verletzte Demjenigen entgegenstellt, der auf die Erfüllung des Geschäftes klagt. Hier besteht die Verletzung nur erst noch in dem Abschluß des Contraktes, welcher aber, wenigstens von Seiten des Verletzten, noch nicht erfüllt ist.

2) Obwohl die rechtliche Wirkung der laesio enormis die Aufhebung des Geschäftes ist, so tritt doch diese nicht ipso iure ein, sondern muß durch eines der erwähnten Rechtsmittel beantragt werden.

3) Wenn der Beklagte sich für Aufrechterhaltung des Geschäftes entscheidet, so reicht es nicht hin, daß er so viel herausgiebt, als gleich bey Abschließung des Geschäftes erforderlich gewesen wäre, um die laesio enormis auszuschließen, sondern er muß, um jenen Zweck zu erreichen, den wahren Werth der Sache leisten.

4) In folgenden Fällen aber kann wegen der laesio enormis die Auflösung des Geschäftes nicht verlangt werden:

a. bey gewagten Geschäften (bey negotiis, quae aleam continent), z. B. beym Leibrenten-Contrakte oder bey der emtio venditio spei: L. 8. §. 1. D. *de Contrah. emt.*

b. wenn der Testator in seinem letzten Willen befohlen hat, eine Sache um einen bestimmten Preis zu kaufen oder zu verkaufen: L. 49. §. 9. D. *de Legat. I.*

c. wenn der Verletzte den wahren Werth der Sache gekannt und das Geschäft dennoch eingegangen hat: L. 11. C. *de Rescind. vend.* Hier tritt nämlich die Rechtsregel ein: volenti non fit iniuria: L. 145. D. *de R. I.*

d. wenn der Verletzte auf die Rechtsmittel der laesio enormis ausdrücklich Verzicht geleistet hat: L. 29. C. *de Pact.*

e. wenn der Rescissionsklage die Verjährung von 30 Jahren entgegensteht: L. 3. C. *de Praescr. XXX. vel XL. annor.* und

f. bey Subhastationen, weil diese darauf gerichtet werden, den höchstmöglichen Preis für eine bestimmte Sache zu erlangen.

§. 682.

2. Wegen verborgener Mängel.

Wenn die verkaufte Sache mit gewissen vitiis behaftet ist, welche bey Abschließung des Kaufes nicht zu Tage gelegen haben, so kann der Käufer, der diese Mängel hinterher entdeckt hat, entweder die actio redhibitoria oder die actio quanti minoris gegen den Verkäufer anstellen.

Beyde Klagen beruhen auf dem edicto Aedilitio und sind folgendermaaßen zu erklären:

1) *actio redhibitoria*: actio aedilitia, quam instituit emtor, cui res emta nullam prorsus vtilitatem praebet, aduersus venditorem, vt rem recipiat et pretium ipsi solutum restituat: L. 1. §. 1. D. *de Aedilit. ed.* Diese Klage kann nur dann angestellt werden, wenn die Sache dem Käufer völlig unbrauchbar ist und er also den beym Kaufe beabsichtigten Zweck keineswegs erreicht hat. Sie wird darauf gerichtet, daß der Verkäufer den empfangenen Kaufpreis sammt Zinsen, nicht minder alle Auslagen erstatte, welche der Käufer auf die Sache verwendet hat: L. 27. D. *eod.*, dahingegen der Käufer die Sache selbst cum omni caussa, also mit den sämmtlichen Accessionen und bisher bezogenen Früchten herausgeben muß: L. 23. §. 1. u. 9. D. *eod.* Diese Klage verjährt schon in sechs Monaten von Zeit des geschlossenen Kaufes an gerechnet: L. 19. §. 6. D. *eod.*,

2) *actio quanti minoris*: actio aedilitia, qua vtitur emtor aduersus venditorem, vt tantum de pretio soluto restituat, quanti minoris res ipsa propter vitium est, quo laborat: L. 38. pr. D. *eod.* Diese Klage stellt der Käufer an, wenn zwar die gekaufte Sache nicht unbrauchbar, jedoch nicht von dem Werthe ist, den er nach Inhalt des abgeschlossenen Contraktes erwarten durfte. Hier wird nicht auf Rescission des Geschäftes geklagt, sondern nur darauf, daß der Verkäufer so viel von dem erhaltenen Kaufpreise herausgebe, als an dem wahren Werthe der Sache fehlt: L. 18. pr. D. *eod.* Diese Klage verjährt nach Ablauf eines Jahres von geschlossenem Kaufe an gerechnet: L. 19. §. 6. D. *eod.*

Beyde Klagen sind durch die Praxis auch auf andere, ähnliche Geschäfte, z. B. auf die permutatio, auf den Trödel-Contrakt ꝛc. ausgedehnt worden.

§. 683.

VI. Klagen, welche aus dem Kaufcontrakte hervorgehen.

Die emtio venditio ist ein contractus *bilateralis*, weil beyde Contrahenten zur Erfüllung desselben verbunden sind und deshalb ist die aus dem Kaufe entspringende Klage: actio vtrimque directa, deren Name sich nach der Person richtet, von welcher sie angestellt wird. Daher:

1) *actio venditi*: actio personalis, quam venditor aduersus emtorem ad pretium soluendum instituit: L. 13. §. 19. D. *de Act. emt. et vend.* und

2) *actio emti*: quam emtor mouet aduersus venditorem ad rem cum omni caussa sibi tradendam: L. 11. §. 2. D. *eod.*

Merkwürdig ist es jedoch, daß beyde Klagen, obwohl sie im vollen Sinne des Wortes actiones *directae* sind, dennoch, ohne ihre Natur zu ändern, in gewissen Fällen auch auf Rescission des Kaufcontraktes angestellt werden können. Dieß findet allemal dann Statt, wenn, was freylich auf den ersten Anblick seltsam scheint, der Kaufcontrakt durch Rescission erfüllt wird. Dem ist aber wirklich so, wenn die Rescission von einem pactum adiectum, z. B. von der lex commissoria abhängig gemacht worden ist. Das pactum adiectum erhält nämlich, wie oben gesagt wurde, seine caussa ciuilis nur aus dem Hauptgeschäfte, welchem es hinzugefügt worden ist, kann also keine andere Klage hervorbringen, als die, welche aus dem Hauptgeschäfte selbst entspringt und welche jederzeit directa ist, mithin nur auf Erfüllung angestellt werden kann. Wenn nun nach Maaßgabe des pactum adiectum der Kauf in einem gewissen Falle wieder aufgelöst werden soll, so wird durch die Auflösung das in jenem pactum gegebene Versprechen erfüllt: L. 11. §. 3. D. *eod.*

Zweyte Abtheilung.

Locatio - Conductio.

§. 684.

I. Begriff.

Locatio conductio (Pacht- oder Miethcontrakt): contractus consensualis de rei nec fungibilis vsu, vel de operis illiberalibus, vel de opere aliquo pro certa mercede in alterum transferendis: L. 2. D. *Locat.*

Die Personen, welche bey diesem Vertrage concurriren, heißen im Allgemeinen locator (der Verpachter oder Vermiether) und conductor (der Pachter oder Abmiether oder Miethsmann): L. 11. §. 4. D. *eod.*

II. Wesentliche Bestandtheile.

§. 685.

1. Consensus.

Die locatio conductio hat drey essentialia oder wesentliche Bestandtheile: 1) consensus, 2) obiectum und 3) merces.

Die caussa ciuilis der locatio conductio ist der consensus beyder Theile. Dieser kann aber auch stillschweigend ertheilt werden, jedoch nur bey der *relocatio*: locatio conductio, quae, finita priori, in nouum tempus contrahitur. Eine stillschweigende Verlängerung des Pacht- oder Miethcontraktes findet nämlich dann Statt, wenn die Contrahenten nach abgelaufener Pachtzeit im vorigen Verhältnisse bleiben, ohne daß der eine oder andere widerspricht. In Hinsicht auf die Zeit, auf welche der Contrakt als verlängert betrachtet werden muß, ist nach Vorschrift der L. 13. §. 11. D. *Locat.* zwischen praediis *vrbanis* und *rusticis* zu unterscheiden. Bey den erstern wird dieselbe Zeit angenommen, auf welche der Contrakt ursprünglich eingegangen worden war, bey den letztern aber gilt die Verlängerung nur auf ein Jahr.

§. 686.

2. Obiectum.

Unter dem obiectum ist hier alles Dasjenige zu verstehen, was bey der locatio conductio gegen Entrichtung einer merces geleistet werden soll. Dieses obiectum kann aber dreyfach seyn und demgemäß wird die locatio conductio in drey Gattungen eingetheilt: rerum, operarum und operis.

1) Locatio conductio rerum. Hier kann bloß von dem *vsus* rei *nec* fungibilis die Rede seyn, denn der Gegenstand geht nicht in das Eigenthum des Pachters oder Abmiethers über und res *fungibiles* können schon deshalb nicht hierher gezogen werden, weil dann der Begriff des mutuum entstehen würde. Die res *nec* fungibiles aber, welche verpachtet oder vermiethet werden sollen, müssen sich in commercio befinden, können aber in diesem Falle ohne Unterschied Gegenstände dieses Contraktes seyn und zwar

a. eben so wohl res *immobiles*, als *mobiles*. Die immobiles können entweder praedia rustica seyn und hier wird der Pachter colonus genannt: L. 24. §. 1. D. *Locat.* oder vrbana, bey welchen der Abmiether inquilinus heißt: L. 25. §. 2. D. *eod.* — Derjenige aber, welcher eine Sache vom Fiscus gepachtet oder gemiethet hat, führt den Namen publicanus: L. 1. §. 1. D. *de Publican.*,

b. eben so wohl res *incorporales*, als *corporales*. Res incorporales kommen z. B. bey Verpachtung der Chausseegelder oder anderer Staatseinkünfte vor (Finanzpächter: publicani), besonders aber können auch Personal-Servituten, z. B. der

vsusfructus, Gegenstände derselben seyn: L. 12. §. 2. D. *de Vsufr.* — Realservituten hingegen können nie allein, sondern stets nur zugleich mit dem Grundstücke verpachtet werden, welchem sie zustehen: L. 44. D. *eod.*,

c. auch res *alienae* können gültig verpachtet oder vermiethet werden, z. B. vom creditor antichreticus (§. 505.), ja vom conductor selbst und in diesem Falle entsteht der Begriff der *sublocatio* (Afterpacht, Aftermiethe): locatio rei conductae: L. 6. C. *de Locat.* Das Recht, zu sublociren, steht nach diesem Gesetze jedem conductor zu, es müßte denn durch das pactum de non sublocando das Gegentheil festgesetzt seyn. Obwohl nun der subconductor mit dem ersten locator in kein persönliches Rechtsverhältniß tritt, also von diesem keineswegs auf Bezahlung der merces belangt werden kann, so hat doch der erste locator, wenn der conductor und sublocator mit dem Miethgelde in Rückstand ist, auch an den inuectis et illatis des subconductor ein stillschweigendes Unterpfandrecht, wie es sich unwidersprechlich aus der L. 11. §. 5. D. *de Pign. act.* ergiebt.

2) Locatio conductio operarum. Die operae, als Gegenstand des Miethcontraktes, können nur *illiberales* seyn: quae corpore magis, quam ingenio praestantur ideoque mercedem admittunt: L. 5. §. 2. D. *de Praescr. verb.* Diesen werden die operae *liberales* entgegengesetzt: quae non corpore praestantur ideoque honorarium tantum admittunt: ibid. u. L. 6. pr. D. *Mand.* Die operae liberales können nicht zu Gelde angeschlagen werden und daher auch kein Gegenstand des Miethcontraktes seyn, sondern das Geschäft, welches über operas liberales eingegangen wird, ist nach den angeführten Gesetzstellen entweder ein contractus realis innominatus, z. B. facio vt des, wie er zwischen einem Docenten und seinen Zuhörern Statt findet, oder das mandatum, wie es z. B. zwischen einem Clienten und seinem Anwalt vorkommt. Eine locatio conductio operarum setzt daher gewöhnliche, körperliche Arbeiten voraus, die um Lohn verdungen werden, wie z. B. die Arbeit der Schnitter bey der Aerndte. Der locator ist hier Derjenige, welcher die Arbeit leistet, der conductor aber, welcher sie bezahlt.

3) *Locatio conductio operis*: qua quis opus aliquod perficiendum ita in se suscipit, vt non solum operas illiberales praestare, verum etiam proprios sumtus erogare teneatur: L. 5. §. 1. D. *de V. S.* — L. 13. §. 1. D. *Locat.* u. L. 22. §. 2. *eod.* Das Wesentliche dieses Contraktes besteht darin, daß

Jemand für eine gewisse Vergütung die Verfertigung eines selbstständigen und an sich abgeschlossenen Werkes übernimmt, aber zu diesem Zwecke nicht nur operas zu leisten, sondern auch aus seinen eigenen Mitteln gewisse Auslagen zu bestreiten hat. Diese letztern sind es also allein, welche die locatio conductio *operis* von der locatio conductio *operarum* unterscheiden. Denn wenn durch bloße operas ein selbstständiges Werk hergestellt wird, wie z. B. wenn Maurer von dem ihnen gelieferten Material eine Mauer herstellen, so bleibt das Geschäft locatio conductio *operarum*. Wenn man aber beym Schneider einen Rock bestellt, so ist die locatio conductio *operis* vorhanden, weil derselbe die Zuthat aus seinen eigenen Mitteln bestreitet. — Die bey diesem Geschäfte concurrirenden Personen werden mit den besonderen Namen des dominus operis, welcher das Werk bestellt und des redemtor, welcher es zu liefern hat, bezeichnet. Der Grund ist der, daß beyde Personen sowohl locator, als conductor sind: *dominus operis* conducit opus, i. e. operas et sumtus, locat materiam; *redemtor* conducit materiam, locat operas et sumtus.

§. 687.

3. Merces.

Merces (Lohn): certa rerum fungibilium quantitas a conductore locatori praestanda: L. 2. pr. D. *Locat.* Die merces unterscheidet sich vom pretium beym Kaufe dadurch, daß sie nicht in baarem Gelde zu bestehen braucht, sondern daß auch res fungibiles anderer Art, namentlich fructus naturales und industriales Gegenstände der merces seyn können: L. 35. §. 1. in fin. D. *eod.* Doch muß die Quantität dieser Früchte im Voraus unabänderlich bestimmt seyn, denn wenn die zu entrichtenden Früchte eine pars quota der Aernbte sind, z. B. der dritte, der vierte Theil aller auf dem Grundstücke wirklich aufkommenden Früchte, so hört der Begriff der locatio conductio auf und es tritt der der colonia partiaria ein, welche eine Gattung der societas ist, indem der Eigenthümer den Grund und Boden, der Andere aber die operas und sumtus zu dem Gesellschafts-Vertrage conferirt: L. 25. §. 6. in fin. *eod.*

Uebrigens muß die merces, gleich dem pretium beym Kaufe, vera: L. 46. D. *eod.*, certa: L. 25. pr. *eod.* und iusta seyn: §. 681.

III. Wirkungen:

§. 688.

1. der locatio conductio rerum:

a. von Seiten des locator.

Bey der locatio conductio rerum hat der locator folgende Verpflichtungen zu erfüllen:

1) er muß culpam leuissimam leisten: L. 1. u. 28. C. *de Locat.*,

2) er muß dem conductor rem ad vsum habilem, d. h. er muß die Sache zur bestimmten Zeit dergestalt übergeben, daß dieser sie wirklich in Gebrauch nehmen und ungestört besitzen kann: L. 9. pr. u. §. 1. D. *Locat.*,

3) er muß dem conductor die Sache während des bestehenden Contraktes in brauchbarem Zustande erhalten: L. 15. §. 1. D. *eod.*,

4) er muß alle auf der Sache haftende onera tragen: L. 3. §. 14. D. *de Munerib. et honor.* und

5) er muß dem conductor alle impensas necessarias ersetzen, welche dieser während des bestehenden Contraktes auf die Sache verwendet hat: L. 55. §. 1. D. *Locat.*

§. 689.

b. Von Seiten des conductor.

Dahingegen hat der conductor von der andern Seite folgenden Verbindlichkeiten Genüge zu leisten:

1) er muß das festgesetzte Pachtgeld (oder den Miethzins) vollständig und pünktlich entrichten. Dieß leidet jedoch eine Ausnahme, wenn der conductor praedii rustici (colonus) erweislich unverschuldete Unglücksfälle erlitten hat, in welchem Falle eine remissio mercedis (Erlaß vom Pachtgelde) auch wider Willen des locator Platz ergreift: L. 25. §. 6. D. *Locat.* u. L. 15. §. 2—7. D. *eod.* Nach Inhalt dieser Gesetze kann der conductor einen verhältnißmäßigen Abzug vom Pachtgelde machen, wenn folgende vier Erfordernisse zusammentreffen:

a. der Contrakt darf nicht auf längere Zeit, als auf ein Jahr eingegangen seyn,

b. der Schade, den der Pachter erlitten hat, muß von einem casus herrühren,

c. dieser casus muß von **außen** gekommen seyn, darf also nicht in einer fehlerhaften Beschaffenheit des Bodens seinen Grund haben und

d. er muß die fructus pendentes getroffen haben. Schlägt also z. B. der Blitz in die Scheune, so kann nach R. R. der Pachter keinen Erlaß verlangen. — Im Uebrigen ist die remissio mercedis nicht nach den Grundsätzen zu beurtheilen, welche über den **Schadenersatz** gelten, daher der Pachter Das, was er ohne Abzug bezahlt hat, nicht zurückfordern kann;

2) der conductor hat culpam levissimam zu leisten und muß die gepachtete oder gemiethete Sache als bonus paterfamilias benutzen und gebrauchen, darf sie auch nicht vor abgelaufener Pacht- oder Miethzeit verlassen, um sich seiner Verbindlichkeit zu entziehen: §. 5. Inst. *de Locat.* u. L. 55. §. 2. D. *Locat.* Endlich

3) er muß finito contractu die Sache in eadem specie dem locator zurückgeben: L. 10. C. *Unde vi.*

§. 690.

2. **Wirkungen der locatio conductio operarum.**

Die Wirkungen der locatio conductio operarum sind:

a. **von Seiten des locator:**

1) er muß die einmal versprochenen Dienste wirklich und bona fide leisten. Dieß letztere ist besonders auf **Dienstboten** zu beziehen,

2) er muß culpam levissimam leisten, nicht aber den casus. Wenn also der locator zur Leistung der Dienste bereit ist, aber durch Zufall daran verhindert wird, so kann er demungeachtet die merces fordern: L. 25. §. 7. D. *Locat.*

b. **von Seiten des conductor:**

1) er muß die merces vollständig und zur rechten Zeit bezahlen. Die Zeit tritt, wenn nichts Anderes festgesetzt ist, dann ein, wenn die operae bereits geleistet sind und

2) er muß culpam levissimam leisten.

§. 691.

3. Wirkungen der locatio conductio operis.

Die Wirkungen der locatio conductio operis sind folgende:

a. von Seiten des redemtor:

1) er muß das opus, dessen Verfertigung er übernommen hat, wirklich zu Stande bringen und hierbey culpam leuissimam leisten,

2) er muß das opus der Approbation des dominus operis unterwerfen und ihm über sein Verfahren genaue Rechenschaft ablegen: L. 24. pr. D. *Locat.*,

3) was den casus betrifft, so ist hier mannigfaltig zu unterscheiden und die Hauptgesetze darüber sind folgende: L. 24. pr. L. 36. 37. u. 62. D. *Locat.* Nach Maaßgabe dieser Gesetze ist zu distinguiren:

α. ob zur Zeit des eingetretenen casus die approbatio operis von Seiten des dominus bereits erfolgt war, oder nicht. Im erstern Falle trägt den casus der dominus operis,

β. im letztern Falle aber fragt es sich, ob das opus per auersionem oder ad modum gedungen war, d. h. ob die merces für das Werk im Ganzen, über Bausch und Bogen, oder nach Maaß, Zahl oder Gewicht (nach Ellen, Stücken ꝛc.) festgesetzt war,

γ. wenn das opus per auersionem gedungen war, so ist zu unterscheiden, ob der casus von einer fehlerhaften Beschaffenheit des dem redemtor gelieferten Stoffes (ex vitio materiae) herrührt und hier trägt den casus der dominus operis, oder von der mangelhaften Verfertigung (ex falsa structura) und diesen casus mixtus trägt der redemtor, oder endlich in keinem von beyden und dann ist zu unterscheiden, ob das opus zu der Zeit, zu welcher der casus sich ereignete, schon fertig war, in welchem Falle der dominus operis den casus trägt, oder ob es noch nicht beendigt war und dann trägt den casus der redemtor;

δ. war aber das opus ad modum gedungen, so fragt es sich, ob zur Zeit des eintretenden casus das Zählen, Messen oder Wiegen schon geschehen war, oder nicht. Im erstern Falle trägt der dominus den casus (also hier auch vor erfolgter Approbation), im letztern der redemtor, das Zählen ꝛc. müßte denn durch die Schuld des dominus operis unterblieben seyn.

b. von Seiten des dominus operis:

1) er muß die merces nach Inhalt des Vertrages bezahlen und

2) culpam leuissimam leisten.

§. 692.

IV. Contractus socidae.

Contractus socidae: pactum locationi conductioni praedii rustici adiectum, quo colonus casum instrumentorum fundi in se suscipit. Dieses pactum adiectum fehlt fast niemals bey einem Pachtcontrakte, welcher über ein praedium rusticum geschlossen wird. Dem Pachter werden nämlich die instrumenta fundi (die Ackergeräthe, der Viehstand ꝛc.) übergeben, deren Inbegriff nach dem heut zu Tage gangbaren Ausdrucke Inventarium genannt wird und er verspricht durch jenes pactum, nach beendigtem Contrakte das Inventarium in eadem quantitate et qualitate zurückgeben, mithin den zufälligen Schaden oder Untergang desselben auf sich nehmen zu wollen. Weil nun besonders das Vieh solchem Zufalle unterworfen ist, so wird dasselbe, wenn es Gegenstand des contractus socidae ist, eisernes Vieh genannt, welches dem Eigenthümer nicht sterben kann. — Das erklärte pactum adiectum führt den Namen eines Contraktes deshalb, weil es in seiner ursprünglichen Gestalt ein selbstständiges Geschäft war, welches zwischen dem Eigenthümer einer Viehheerde und dem Hirten derselben dergestalt eingegangen wurde, daß der letztere den Nießbrauch an einer bestimmten Anzahl von Viehstücken bekam, dafür aber auch den casus in Hinsicht auf die ganze Heerde übernahm: L. 8. C. *de Pact.* — Mit diesem Vieh, an welchem dem Hirten ein Nießbrauch zusteht, darf aber das sogenannte Mengevieh nicht verwechselt werden, welches dem Hirten eigenthümlich zugehört und welches er zugleich mit der Heerde seines Herrn auf die Hutung treibt.

§. 693.

V. Beendigung der locatio conductio.

Die Beendigungsarten dieses Contraktes richten sich nach den verschiedenen Gestalten, unter welchen derselbe eingegangen worden ist:

1. locatio conductio *rerum*:

a. lapsu temporis. Die Feststellung der Mieth- oder Pachtzeit kann auch stillschweigend geschehen, nämlich wenn die merces nur auf eine bestimmte Zeit festgesetzt worden ist;

b. resoluto iure constituentis: L. 9. §. 1. D. *Locat.* Auch hat hier der conductor, wenn ihm das wahre Verhältniß bekannt war, keinen Regreß an den locator;

c. wenn der Grundsatz eintritt: Kauf bricht Miethe: L. 9. C. *de Locat.* Doch ist diese Regel eben so wohl zu Gunsten des conductor, als des locator zu verstehen, indem es nicht in der Willkühr des Käufers liegt, den conductor zu fernerer Erfüllung des Contraktes anzuhalten;

d. interitu rei;

e. wenn eine Reparatur des gemietheten Hauses nothwendig geworden ist. Doch muß hier der Eigenthümer den Abmiether verhältnißmäßig entschädigen: L. 30. D. *Locat.*;

f. wenn der Abmiether oder Pachter zwey Jahre lang die merces nicht entrichtet hat: L. 54. §. 1. D. *eod.*;

g. wenn derselbe mit der Sache übel wirthschaftet: L. 3. in fin. C. *de Locat.*;

h. wenn der locator beweisen kann, daß ihm die Sache wegen eines ihm erst später bekannt gewordenen Umstandes zu seinem eigenen Gebrauche unentbehrlich sey: L. 3. *cit.*;

i. wenn die Sache dem conductor ohne dessen Verschulden unbrauchbar wird oder doch bey Weitem nicht den früheren Nutzen gewährt: L. 25. §. 2. D. *Locat.*;

k. wenn der conductor bey längerer Fortsetzung des Contraktes eine Gefahr für seine Person zu befürchten hat: L. 27. §. 1. D. *eod.* und

l. wenn sich der eine oder andere Theil auf die laesio enormis berufen kann. —

Endlich ist hier noch zu bemerken, daß die locatio conductio rerum durch den Tod des einen oder andern Theiles in der Regel niemals erlöschen kann, wenn dieß nicht bey Abschließung des Contraktes besonders festgesetzt ist: §. 6. Inst. *de Locat.*

2. locatio conductio *operarum*. Hier ist zu unterscheiden, ob ein einzelner Dienst der Gegenstand des Contraktes war, in welchem Falle der letztere durch den geleisteten Dienst beendigt

wird, oder ob fortdauernde Dienste oder Arbeiten bedungen waren und dann erlischt der Contrakt entweder durch den Abfluß der Zeit oder durch den Tod des locator, nicht des conductor;

3. locatio conductio *operis*:

a. wenn der redemtor, nicht der dominus operis, vor Vollendung des Werkes mit Tode abgeht und

b. wenn das Werk selbst vollendet und vom dominus operis approbirt worden ist.

§. 694.

VI. Klagen.

Die locatio conductio ist ein contractus bilateralis und deshalb ist die aus derselben entspringende Klage eine actio vtrimque directa, welche entweder actio *locali*, oder actio *conducti* heißt, jenachdem sie vom locator, oder vom conductor angestellt wird: pr. in fin. Inst. *de Locat.* und deren Name sich bey der locatio conductio *operis* nach dem Umstande richtet, ob der dominus operis oder der redemtor in Hinsicht auf den Zweck ihrer Klage entweder als locator oder als conductor zu betrachten sey.

Dritte Abtheilung.

Societas.

§. 695.

I. Begriff.

Societas (Gesellschafts-Vertrag): contractus consensualis de rebus aut operis in communem finem ita conferendis, vt lucrum vel damnum pro rata diuidatur: L. 52. §. 8. u. L. 67. pr. in fin. D. *Pro soc.*

Die societas ist ein Consensualcontrakt, bedarf also zu ihrem rechtlichen Bestehen bloß der von den sämmtlichen Theilnehmern erklärten Einwilligung. Diese wird nun darauf gerichtet, daß der socius zu einem bestimmten Zwecke entweder Sachen, oder persönliche Leistungen (Kopf- oder Handarbeiten) beytrage, woraus denn von selbst hervorgeht, daß die socii an dem Nutzen oder Schaden, welcher sich aus dem erreichten Zwecke ergiebt, verhält-

nißmäßig gleichen Antheil haben. Wenn die socii Sachen beytragen, so geschieht dieß nicht deshalb, daß die Sachen selbst, in Hinsicht auf ihre Substanz gemeinschaftlich werden, die übrigen socii also ein Miteigenthum daran erwerben sollen, sondern daß bis zu erreichtem Zwecke der Gebrauch jener Sache zum Nutzen der Societät Statt finden solle und hierdurch unterscheidet sich die societas von der communio rerum s. communio incidens, bey welcher den Miteigenthümern ein intellectueller Theil an der Substanz der Sache selbst zusteht: L. 31. D. *Pro soc.* (§. 405).

§. 696.

II. Eintheilungen.

Die societas wird eingetheilt:

1) nach ihrem Umfang: in vniuersalem, generalem und specialem

Societas *vniuersalis s. omnium bonorum,* wie sie pr. Inst. *de Societ.* u. L. 1. §. 1. D. *Pro soc.* angegeben wird, soll die dauernde Gemeinschaft zweyer oder mehrerer Personen an dem gegenseitigen Vermögen seyn. Aber abgesehen davon, daß es einer solchen Vereinigung an einem Zwecke der Societät gänzlich fehlen und daß dieselbe von der communio nicht zu unterscheiden seyn würde, setzt eine solche Societät eine vnitas personarum zwischen Individuen voraus, die außerdem im rechtlichen Sinne völlig unabhängig von einander wären, wovon das R. R. kein Beyspiel liefert, und wollte man sich auf die Gütergemeinschaft berufen, welche das deutsche Provinzialrecht unter den Ehegatten statuirt, so würde dieß ebenfalls eine Verwechselung der societas mit der communio seyn. Nur in der letztern besteht die Gütergemeinschaft der deutschen Ehegatten, weil sie nach Sanction des Gesetzes durch die geschlossene Ehe entsteht, mithin bloß zufällig ist (communio incidens), was sich schon aus dem Zwecke der Ehe unbezweifelt ergiebt, welcher nicht ein modus adquirendi, sondern nur das mutuum adiutorium seyn darf.

Societas *generalis* ist dagegen allerdings denkbar, ja gewöhnlich und besteht darin, daß die socii eine ganze Gattung von Geschäften gemeinschaftlich führen, wie dieß besonders bey der Compagnieschaft der Kaufleute der Fall ist.

Societas *specialis* ist aber die, welche nur auf ein einziges Geschäft oder eine einzige Unternehmung gerichtet ist, wie wenn

zwey oder mehrere Personen gemeinschaftlich eine gewisse Waare kaufen, um sie dann wieder mit Vortheil abzusetzen: pr. Inst. *de Societ.*;

2) nach ihrem Gegenstande: in societatem *rerum, operarum* und *mixtam*, jenachdem die socii entweder nur Sachen, wie in dem so eben gegebenen Beyspiele der societas specialis, oder nur Arbeit, wie eine Holzhackergesellschaft, oder beydes zugleich, wie kaufmännische Compagnon's, conferiren: L. 5. pr. D. *Pro. soc.* und

3) nach ihrem Zwecke: in societatem *simplicem* und *quaestuariam*. Unter quaestus (Erwerb) ist jeder Vortheil zu verstehen, welchen man dem Verkehre verdankt, dahingegen eine societas simplex auf ein einfaches lucrum, nämlich auf irgend einen Vortheil gerichtet ist, welcher nicht in Vermehrung des Vermögens besteht, wohin z. B. die Gesellschaften für Kunst und Wissenschaft, für geselliges Vergnügen rc. gehören.

§. 697.

III. Rechtliche Natur.

Die societas ist ein contractus sanctus, weil er bloß auf Vertrauen beruht und die Gesetze nehmen unter den sociis eine so innige Verbindung an, vt *fratrum* loco habeantur: L. 63. pr. in fin. D. *Pro soc.* Wer sich daher bey Gelegenheit dieses Contraktes einen dolus oder eine culpa lata zu Schulden bringt, wird mit der infamia iuris bestraft: L. 1. D. *de His, qui not. infam.*

Die Beyträge, welche die Interessenten leisten, brauchen nicht gleich zu seyn, auch ist es nur präsumtiv, daß der Gewinn und Verlust nach verhältnißmäßig gleichen Antheilen den Contrahenten zufalle, es reicht vielmehr zum rechtsgültigen Begriffe der Societät schon hin, wenn nur jeder socius am Gewinne Theil nimmt. Unerlaubt ist folglich eine societas, in welcher der Eine bloß den Gewinn empfängt, während der Andere nur den Verlust trägt und ein solcher Gesellschafts-Vertrag wird societas leonina genannt: L. 29. §. 2. D. *Pro soc.* Hiermit darf aber nicht diejenige societas verwechselt werden, in welcher der eine Theil den ganzen Verlust übernimmt, sich aber seinen Antheil am Gewinne vorbehält. Diese ist allerdings erlaubt und kommt vorzüglich dann vor, wenn der Eine den Andern durch ein solches Anerbieten zu Abschließung eines Geschäftes bewegen will.

§. 698.

IV. Wirkungen.

1. unter den sociis selbst.

Die Verbindlichkeiten, welche die socii gegen einander selbst übernehmen, sind folgende:

1) der socius muß die von ihm versprochenen Beyträge an Sachen oder Arbeit leisten: L. 52. §. 8. u. L. 73. D. *Pro soc.*,

2) er leistet culpam leuem in concreto: L. 72. D. *eod.*,

3) er muß, wenn er sich in der Verwaltung befunden, Rechnung ablegen und den übrigen sociis Dasjenige herausgeben, was sie aus dem Contrakte zu fordern haben: L. 60. pr. D. *eod.* und

4) er kann aber auch von der andern Seite von den übrigen sociis die Vergütung des Aufwandes verlangen, den er in Angelegenheiten der Societät gehabt hat: L. 38. §. 1. D. *eod.*

§. 699.

2. In Bezug auf dritte Personen.

Hier ist ein doppelter Fall möglich. Es haben nämlich entweder

1) die sämmtlichen socii, als solche, mit einer dritten Person irgend ein Geschäft eingegangen und dann sind sie correi debendi, also in solidum verbindlich, obwohl sie sich, wie sich von selbst versteht, des beneficii diuisionis bedienen können: Nou. 99. c. 1. (nur Kaufleute, welche als Compagnons unter einer und derselben Firma handeln, dürfen sich in Verhältnissen, die ihr Geschäft angehen, nicht auf diese Rechtswohlthat berufen, was aus der eigenthümlichen Natur des Handelsverkehrs hervorgeht), oder es hat

2) nur ein socius im Namen der Gesellschaft mit einem Dritten contrahirt. Hier ist zu unterscheiden, ob

a. dieser eine socius von der ganzen Gesellschaft zu Abschließung des Geschäftes beauftragt war, in welchem Falle die sämmtlichen socii in solidum verbindlich werden, oder ob derselbe

b. nur auf eigenen Antrieb handelte, und in diesem Falle werden die übrigen socii nur dann verbindlich, wenn der Gläubiger die versio in rem societatis beweisen, also darthun kann, daß die sämmtlichen socii, als solche, einen Nutzen aus dem Geschäfte gezogen haben: L. 82. D. *Pro soc.*

Der Auftrag aber, welchen ein socius zu Abschließung eines Geschäftes von der Societät empfängt, kann entweder ein allgemeiner oder ein specieller seyn. Des erstern erfreut sich derjenige socius, welcher von den übrigen an die Spitze der Gesellschaft und der Verwaltung der Geschäfte gestellt ist. Doch muß man von diesem wieder den institor unterscheiden, d. h. diejenige Person, welche nicht Mitglied der Gesellschaft, aber von dieser zur Geschäftsverwaltung mit allgemeiner Vollmacht niedergesetzt ist: L. 3. D. *de Instit. act.* Dieser ist in Hinsicht auf dritte Personen nur als mandatarius zu betrachten. Das gewöhnlichste Beyspiel eines institor kommt bey den sogenannten Procuristen (Procura-Trägern) der Kaufleute vor, welche zwar Administratoren des Geschäftes und Disponenten sind, aber keinen Antheil am Gewinne oder Verluste desselben haben, sondern nur einen festen Gehalt für ihre Dienstleistungen beziehen.

§. 700.

V. Beendigung der societas.

Die societas hört auf:

1) wenn ein einziger socius aus der Gesellschaft tritt, es sey nun inter vivos, oder durch den Tod: §. 4. Inst. *de Societ.* Doch darf nach dem angeführten Gesetze der Austritt des Einzelnen nicht zur Unzeit und nicht in der Absicht geschehen, einen Gewinn, der eigentlich der Gesellschaft zufließen würde, allein zu machen;

2) wenn der Gegenstand der societas (specialis) untergeht: L. 63. §. 10. D. *Pro soc.*;

3) durch Beendigung des Geschäftes, auf welches die societas gerichtet war: §. 6. Inst. *de Societ.*;

4) mutuo dissensu: L. 65. §. 3. D. *Pro soc.*;

5) lapsu temporis: L. *cit.* §. 6.;

6) durch Eintritt einer resolutiven Bedingung und

7) wenn einer der socii in Concurs geräth oder seine Güter confiscirt werden: §. 7. Inst. *de Societ.*

§. 701.

VI. Klage.

Die societas ist ein contractus *bilateralis*, weil alle Theilnehmer ohne Unterschied zur Erfüllung des Contraktes verbunden

sind. Die Klage, welche von den sociis angestellt werden kann, ist daher jederzeit eine actio directa und heißt: *actio pro socio*: actio personalis, quam socius aduersus socium instituit ad res vel operas in societatem conferendas, ad res collatas finita societate restituendas, nec non rationes reddendas et lucrum aut damnum pro rata diuidendum: §. 28. Inst. *de Act.* u. §. 2. Inst. *de Poen. temere litig.* — Doch darf diese Klage nicht bis auf's Aeußerste getrieben werden, weil die socii, als solche, das beneficium competentiae haben: L. 63. pr. D. *Pro soc.* Endlich ist noch ganz besonders auf den Unterschied aufmerksam zu machen, welcher zwischen der actio pro socio und der actio communi dividundo Statt findet, insofern diese Klagen auf Theilung gerichtet werden. Jene ist eine actio *personalis*, diese eine actio *mixta*. Jene geht aus dem Societäts-Contrakte, diese aber aus dem Miteigenthume hervor. Wenn also z. B. die socii sich von dem erzielten Gewinne gemeinschaftlich ein Grundstück gekauft haben, so hört in Bezug auf dieses Grundstück der Begriff der Societät auf und es tritt der der communio incidens ein. Will nun der eine oder andere socius aus der Gesellschaft treten, aber auch zugleich die Gemeinschaft in Hinsicht auf das angekaufte Grundstück aufheben, so fordert er seine Einlagen und den noch vorhandenen Gewinn mit der actio pro socio, klagt aber auf Theilung des Grundstückes mit der actio communi diuidundo.

Vierte Abtheilung.

Mandatum.

§. 702.

I. Begriff.

Mandatum (der Auftrags- oder Bevollmächtigungs-Contrakt): contractus consensualis de negotio alieno honesto gratis agendo: L. 1. D. *Mandat.* —

Für diesen Contrakt sind nun folgende Erfordernisse zu bemerken:

1) die caussa ciuilis desselben ist die bloße Einwilligung der Contrahenten: L. 1. *cit.* pr., nämlich des mandans s. mandator des Auftraggebers, und des mandatarius, des Beauftragten oder Bevollmächtigten,

2) der Gegenstand des mandatum ist irgend eine Handlung, welche der mandatarius zum Besten des mandans vorzu-

nehmen verspricht, doch muß dieselbe stets eine erlaubte, anständige und ehrenhafte seyn: §. 7. Inst. *de Mand.* u. L. 6. §. 3. D. *Mandat.* und

3) der Contrakt ist, nach Vorschrift der Gesetze, ein unentgeltlicher: L. 1. §. 4. D. *eod.*, doch wird durch eine freywillige Vergütung von Seiten des mandans die Natur des Vertrages nicht geändert: L. 6. pr. D. *eod.*

Mit dem mandatum dürfen aber zwey ähnliche Begriffe nicht verwechselt werden, welche in der Regel keine verbindliche Kraft haben, nämlich:

1) consilium (Rath): L. 2. §. 6. D. *Mandat.* Es giebt aber zwey Ausnahmen, in welchen Jemand aus dem von ihm ertheilten Rathe verbindlich wird:

a. wenn er denselben dolose gegeben hatte: L. 47. D. *de R. I.* und

b. wenn er den Rath als verpflichteter Sachverständiger ausgesprochen hatte: L. 2. D. *Quod quisque iur. in alter.*

2) commendatio (Empfehlung): L. 12. §. 12. D. *Mandat.*

Von der negotiorum gestio unterscheidet sich das mandatum dadurch, daß bey der erstern Derjenige, zu dessen Nutzen die fragliche Handlung vorgenommen wird, mit derselben völlig unbekannt ist, dahingegen der mandatarius sich erst auf Veranlassung des mandans dem Geschäfte unterzieht. Endlich darf auch das mandatum nicht mit dem iussus (Befehl) verwechselt werden, welcher nur an solche Personen ergehen kann, die sich unter der Gewalt oder Botmäßigkeit Dessen befinden, welcher den Befehl ertheilt.

§. 703.

II. Eintheilungen.

Das mandatum wird eingetheilt:

1) in vniuersale, generale und speciale: L. 1. §. 1. L. 58. u. L. 60. D. *de Procur.* — L. 6. §. 6. D. *Mandat.*

Mandatum *vniuersale* ist dasjenige, kraft dessen Jemand die sämmtlichen eine bestimmte Person betreffenden Geschäfte zu führen hat (General-Bevollmächtigter), was besonders in Hinsicht auf Abwesende vorkommt.

Mandatum *generale* wird der Auftragscontrakt genannt, wenn dem Beauftragten eine gewisse Gattung von Geschäften, wie

z. B. alle gerichtliche Handlungen, die sich auf eine bestimmte Person beziehen, anvertraut worden ist.

Mandatum *speciale* ist dasjenige, welches sich nur auf ein einzelnes, bestimmtes Geschäft bezieht. Hat nun ein mandatarius mehrere einzelne Geschäfte von verschiedener Natur für denselben mandans auszuführen, so sind eben so viele Mandats-Contrakte, als Geschäfte, vorhanden;

2) in mandatum in rem suam und in rem alienam.

Mandatum in rem suam: quo quis alieno quidem nomine, sed in propriam vtilitatem agit. Hierunter ist besonders die Cession zu verstehen, kraft welcher Jemand die Forderung, die er gegen einen Dritten hat, auf den mandatarius (cessionarius) dergestalt überträgt, daß dieser in seinem, des mandans, Namen dieselbe eintreibe und Das, was er empfängt, für sich behalte: L. 33. §. 5. u. L. 34. D. *de Procur.* Darum ist jeder Cessionar ein mandatarius s. procurator in rem suam.

Mandatum in rem alienam: quo quis non solum alieno nomine, verum etiam in alienam vtilitatem agit. Dieß ist der gewöhnliche, oben erklärte Auftrags-Contrakt;

3) in mandatum simplex und qualificatum.

Mandatum qualificatum: quod in vtilitatem *tertii* contrahitur. Dieses kommt vorzüglich unter der Gestalt vor, daß der mandans dem mandatarius den Auftrag giebt, einem Dritten eine gewisse Summe Geldes zu borgen: L. 6. §. 4. D. *Mandat.* Wenn z. B. Jemand eine weite Reise unternimmt und die Beschwerde, die ihm baares Geld verursachen würde, vermeiden will, so läßt er sich Creditbriefe an diesen oder jenen Ort ausstellen. Der Aussteller eines solchen Briefes ist der mandans, der Empfänger desselben der mandatarius und der Reisende ist der Dritte, zu dessen Gunsten das ganze Geschäft Statt findet. — Beym mandatum qualificatum kommt der Dritte mit dem mandatarius durchaus in keine rechtliche Beziehung und hierdurch unterscheidet sich das mandatum qualificatum von der fideiussio, es hält sich vielmehr der mandatarius, welcher dem Dritten das Geld geliehen hat, bloß an den mandans und zwar mit der actio mandati contraria, der mandans aber kann seinen Regreß an den Dritten nehmen und zu diesem Zwecke von dem mandatarius iura cessa verlangen: L. 28. D. *Mandat.* Doch kann er auch ohne iura cessa die actio mandati contraria gegen den Dritten anstellen, denn das

Geschäft zwischen ihm und dem Dritten ist kein anderes, als ein mandatum simplex, bey welchem der Dritte mandans, der mandans beim mandatum qualificatum aber der mandatarius ist.

Mandatum simplex: quod in vtilitatem mandantis contrahitur;

4) in mandatum expressum und tacitum.

Stillschweigend wird ein mandatum eingegangen, wenn Derjenige, dessen Geschäft von einem Andern geführt wird, davon weiß und nicht widerspricht: L. 6. §. 2. u. L. 53. D. *Mandat.*

§. 704.

III. Wirkungen:

1. unter den Contrahenten selbst.

Die Wirkungen, welche das mandatum unter den Contrahenten selbst hervorbringt, sind folgende:

a. von Seiten des mandatarius:

1) er muß das übernommene Geschäft zum Vortheile des mandans und im Geiste des erhaltenen Auftrages ausführen, besonders aber die Grenzen des letztern nicht überschreiten: §. 8. u. §. 11. Inst. *de Mand.* u. L. 5. pr. D. *Mandat.* Doch ist es nicht nöthig, daß der mandatarius den Auftrag in Person ausführe, er kann vielmehr auch wieder Andere beauftragen (Substitution), wenn nur der Zweck nach den Wünschen des mandans erreicht wird: L. 8. §. 3. D. *eod.* Hierdurch tritt jedoch der Substitut in kein rechtliches Verhältniß zu dem ersten mandans: L. 28. D. *de Neg. gest.*;

2) er muß dem mandans von dem geführten Geschäfte genaue Rechenschaft ablegen: L. 46. §. 4. D. *de Procur.* und Gelder, welche er für denselben erhoben hat, zur bestimmten Zeit abführen, auch, dafern er sich in mora befindet, verzinsen: L. 10. §. 3. D. *Mandat.* und

3) er leistet culpam leuissimam, weil das mandatum ein contractus sanctus ist, welcher nur auf Vertrauen beruht und der mandans nicht selbst handeln kann: L. 13. C. *eod.*

b. von Seiten des mandans:

1) er muß dem mandatarius allen Aufwand vergüten, den derselbe bey Ausführung des Geschäftes gehabt hat: L. 10. §. 9. D. *eod.*;

2) er muß den mandatarius gegen alle Ansprüche dritter Personen vertreten, welche diese aus dem fraglichen Geschäfte erworben haben: L. 45. §. 3. D. *eod.* und

3) er muß culpam leuissimam leisten: L. 26. §. 7. D. *eod.*

§. 705.

2. Im Verhältniß zu dritten Personen.

Wenn der mandatarius in Folge seines Auftrages mit einer dritten Person contrahirt hat, so erwirbt er für den mandans dieselben Rechte, als wenn dieser selbst contrahirt hätte, legt ihm aber auch dieselben Verbindlichkeiten auf: L. 13. §. 25. D. *de Act. emt.* Da jedoch der mandans nicht selbst gehandelt hat, so können die Klagen, welche vom mandans, oder gegen ihn angestellt werden, bloß actiones *vtiles* seyn: ibid. Die actiones *directae* aber, welche aus den fraglichen Geschäften entspringen, können vom mandatarius und gegen denselben erhoben werden, das Letztere darf jedoch nur insoweit geschehen, als der mandatarius sich im Besitze von Sachen befindet, welche dem mandans gehören und auf welche die Gläubiger des mandans kraft des mit dem mandatarius eingegangenen Geschäftes Ansprüche machen, es müßte denn der Letztere die Grenzen seines Auftrages überschritten oder in eigenem Namen contrahirt haben: L. 67. D. *de Procur.*

§. 706.

IV. Beendigung des mandatum.

Das mandatum hört in folgenden Fällen auf:

1) mutuo dissensu: §. 4. Inst. *Quib. mod. oblig. toll.*,

2) durch Untergang der Sache, auf welche das mandatum gerichtet war: arg. L. 63. §. 10. D. *Pro soc.*,

3) durch den Tod des einen oder andern Theiles, wenn das Geschäft noch nicht ausgeführt ist, es müßte denn der mandatarius vom Tode des mandans keine Wissenschaft gehabt haben, in welchem Falle er allerdings die Erben des letztern in Anspruch nehmen kann: §. 10. Inst. *de Mand.* — Ist aber das Geschäft bereits vollendet, so versteht es sich von selbst, daß die anzustellenden Klagen actiue und passiue auf die Erben übergehen,

4) durch Aufkündigung von Seiten des einen oder andern Contrahenten, weil das mandatum bloß auf persönlichem

Zutrauen beruht. Nur muß die renunciatio von Seiten des mandatarius eine tempestiua seyn, d. h. sie muß zu einer Zeit geschehen, zu welcher der mandans entweder selbst oder durch einen Andern den beabsichtigten Zweck noch erreichen kann: §. 9. u. §. 11. Inst. *de Mand.*, dahingegen der mandans den ertheilten Auftrag zu jeder Zeit zurücknehmen darf, dafern er nur, wenn dieß nöthig ist, den mandatarius entschädigt: L. 15. D. *Mandat.*,

5) wenn der Auftrag vollständig ausgeführt ist,

6) durch Verfluß der Zeit und

7) durch Eintritt einer resolutiven Bedingung.

§. 707.

V. Klagen.

Das mandatum ist ein contractus *vnilateralis* und es entspringt daher aus demselben nur eine actio directa, nämlich die *actio mandati directa*: actio personalis, quam mandans instituit aduersus mandatarium ad negotium susceptum ad finem rite perducendum: L. 8. §. 6. D. *Mand.* L. 60. §. 2. D. *eod.* — Aber bey Gelegenheit dieses Contraktes kann noch eine andere Klage vorkommen: *actio mandati contraria*: actio personalis, qua mandatarius ex post facto vtitur aduersus mandantem ad indemnitatem sibi praestandam: L. 12. §. 7. u. L. 59. §. 3. D. *eod.*

Ueber den fünften Consensual-Contrakt, den contractus emphyteuticarius s. emphyteusis vgl. oben: §. 439.

Zweyter Titel.

Von den pactis vestitis.

Erstes Capitel.

Von den pactis legitimis.

I. Donatio.

§. 708.

1. Begriff.

Donatio: (Schenkung): pactum legitimum de re aliqua ex *liberalitate* in alterum *acceptantem* ita transferenda, vt eam sibi habere possit: L. 1. pr. D. *de Donat.* u. L. 28. pr. D. *eod.*

Im alten R. R. war die donatio kein Vertrag, wenigstens kein solcher, aus welchem geklagt werden konnte, sondern ein modus adquirendi dominii, weil sie nach der Lex Cincia v. J. 550. nicht anders gültig war, als wenn die Uebergabe der geschenkten Sache sogleich damit verbunden wurde, wodurch denn der Empfänger in demselben Augenblicke das Eigenthum derselben erwarb.

Aber durch die Praxis und besonders unter den Kaisern wurde die Schenkung, welche früher, wenn sie nicht mit der Uebergabe der Sache verbunden war, nur als pactum *nudum* betrachtet werden konnte, in ein pactum *vestitum* verwandelt, dessen caussa ciuilis nach Justinianeischem Rechte in der von beyden Seiten erklärten Einwilligung besteht: L. 35. §. 3. C. *de Donat.* Die Einwilligung von Seiten des Empfängers wird in's Besondere acceptatio genannt und diese muß nach der richtigern Meynung sofort auf die Erklärung des Schenkgebers folgen, es geschehe nun durch Worte, oder stillschweigend durch Gebehrden oder durch die Empfangnahme der geschenkten Sache. Aber die Praxis hegt hierüber eine mildere Ansicht, indem sie, wenn auch keine Acceptation Statt gefunden hat, dennoch eine Klage auf Erfüllung zuläßt, weil die Acceptation in der Klage selbst schon enthalten sey. — Die Personen, welche bey der Schenkung concurriren, heißen donator s. donans, der Schenkgeber, und donatarius, der Schenknehmer.

§. 709.

2. Eintheilungen.

Die donatio wird eingetheilt:

1) in donationem *inter viuos* und *mortis caussa* (Schenkung unter Lebenden und auf den Todesfall). Da aber von der letztern bereits im Erbrechte gehandelt worden ist, so bleibt für den gegenwärtigen Zusammenhang bloß noch die donatio inter viuos übrig;

2) in donationem *puram* und *conditionatam* und

3) in donationem *propriam* und *impropriam*.

Donatio propria: quae fit ex mera liberalitate: L. 1. pr. D. *de Donat.*

Donatio impropria: quae propter caussam mouentem celebratur. Jenachdem nun die Ursache, aus welcher eine Schenkung

vorgenommen wird, in der Vergangenheit liegt oder sich auf die Zukunft bezieht, wird die donatio impropria in *remuneratoriam*: L. 27. D. *eod.* und donationem *sub modo* eingetheilt: L. 9. u. 22. C. *eod.* u. L. 8. C. *de Rer. perm.* Eine donatio remuneratoria findet z. B. Statt, wenn Jemand sagt: „ich schenke Dir mein Haus, weil Du mir das Leben gerettet hast", eine donatio sub modo: „ich schenke Dir 100 Thaler, damit Du Deinen Freund aus dem Wechselgefängniß befreyen kannst". Die donatio sub modo wird zwar in den Quellen meistens als donatio conditionata behandelt, allein man darf demungeachtet den Unterschied nicht aus den Augen lassen, daß bey der donatio sub modo die Sache vorerst dem Schenknehmer übergeben werden muß, ehe man die Erfüllung des modus von ihm verlangen kann (§. 148.), dahingegen die donatio conditionata nicht eher erfüllt zu werden braucht, als wenn die Bedingung eingetreten ist, es müßte denn die conditio eine resolutiua seyn, in welchem Falle der Unterschied von der donatio sub modo darin besteht, daß bey letzterer die Schenkung nicht eher gültig wird, als wenn der modus erfüllt ist, bey jener aber durch Eintritt der Bedingung wieder aufgelöst wird.

Zwischen der donatio *propria* und *impropria* finden aber folgende Unterschiede Statt:

a. in Hinsicht auf donationes *proprias* gilt der Grundsatz: animus donandi non praesumitur, eine donatio *remuneratoria* kann aber allerdings präsumirt werden, wenn eine Handlung des donatarius vorangegangen ist, welche zum Nutzen des donator gereichte;

b. die donatio impropria kann auch unter solchen Personen Statt finden, welche in der Regel keine gültige Schenkung vornehmen können, nämlich unter den Ehegatten (§. 299.);

c. donationes propriae müssen, wenn sie die Summe von 500 Dukaten übersteigen, gerichtlich insinuirt werden, was aber bey donationibus remuneratoriis wegfällt;

d. bey den *propriis* donationibus braucht der donator keine Eviction zu leisten, wohl aber bey den *impropriis*;

e. donationes *propriae* können niemals aus fremdem Vermögen geschehen, wohl aber *impropriae*. So kann z. B. der Vormund gültiger Weise aus dem Vermögen des Mündels gewisse Schenkungen machen (§. 352.) und

f. donationes propriae können aus gewissen, unten anzuführenden Gründen widerrufen werden, was aber keinesweges für die *improprias* gilt.

§. 710.

3. Gerichtliche Insinuation.

Wenn die Schenkung die Summe von 500 Dukaten übersteigt, so muß sie gerichtlich insinuirt werden: L. 36. §. 3. C. *de Donat.* Doch giebt es von dieser Regel folgende Ausnahmen:

1) wenn die Schenkung zu einem frommen Zwecke geschieht, wie zur Loskaufung von Gefangenen oder zur Wiederherstellung eines baufälligen Hauses: L. 36. *cit.* §. 2.,

2) wenn die Schenkung von dem Landesherrn oder seiner Gemahlin oder an dieselben geschieht: L. 34. pr. C. *eod.*,

3) donationes *propter nuptias*, weil diese keine eigentlichen Schenkungen sind: ibid.,

4) die donationes *mortis caussa*: L. 4. C. *de Donat. caus. mort.*,

5) diejenigen Schenkungen, welche Soldaten von ihren Vorgesetzten bekommen: L. 36. §. 1. C. *de Donat.* und

6) die donationes remuneratoriae (§. 709).

§. 711.

4. Wirkungen.

In dem Augenblicke, in welchem beyde Theile ihren Consens erklärt haben, der donatarius also acceptirt hat, ist die Schenkung als geschlossen zu betrachten und der donatarius erwirbt in diesem Augenblicke ein ius personale gegen den donator auf Erfüllung seines Versprechens. Doch besteht dieses implementum in der Regel nur in der Uebergabe der geschenkten Sache, keinesweges darin, daß der donator dem donatarius die vacuam rei possessionem leisten müßte, weil die Schenkung aus reiner Freygebigkeit hervorgeht. Daher braucht der donator dem donatarius keine Eviction zu leisten, ausgenommen in folgenden Fällen:

1) wenn der Gegenstand der Schenkung keine species, sondern ein genus gewesen ist, wie wenn Jemand fremdes Geld, welches er für das seinige hielt, weggeschenkt hat, der Eigenthümer

aber dieses Geld, weil es noch in natura vorhanden war, vindicirt hat,

2) wenn das pactum de praestanda euictione der Schenkung beygefügt worden ist: L. 2. C. *de Euict.*,

3) bey donationibus impropriis, welche als negotia onerosa zu betrachten sind und

4) wenn der donator dolose gehandelt und wissentlich eine fremde Sache weggeschenkt hat: L. 18. §. 3. D. *de Donat.*

§. 712.

5. Widerruf.

In der Regel kann eine Schenkung, welche einmal gültig eingegangen worden ist, nicht widerrufen werden. Doch giebt es von dieser Regel gewisse Ausnahmen:

1) wenn die donatio eine *inofficiosa* ist, in welchem Falle freylich nicht der donator selbst, sondern dessen Notherben, nach dem Tode des donator, die Schenkung widerrufen können, jedoch nur insoweit, als dieß zur Erfüllung ihres Pflichttheiles nöthig ist: L. 87. §. 3. u. 4. D. *de Legat. II.* (§. 555.);

2) wenn sich der donatarius eine Undankbarkeit gegen den donator zu Schulden gebracht hat: L. 10. C. *de Reuoc. donat.* — Dieß kann durch Nachstellung nach dem Leben, durch Verbal- oder Real-Injurien oder auch dadurch geschehen seyn, daß der donatarius dem donator auf irgend eine Weise einen Vermögensverlust zugezogen hat. Die Klage, welche in einem solchen Falle aus dem angeführten Gesetze angestellt wird, heißt actio reuocatoria donationis propter ingratitudinem und hat das Eigenthümliche, daß sie nur vom donator selbst, nicht aber von dessen Erben (quia vindictam spirat) angestellt werden kann;

3) wenn der donator nach erfolgter Schenkung noch Kinder zeugt: L. 8. C. *eod.* — Dieses Gesetz ist erst durch den Gerichtsbrauch auf die angegebene Weise ausgedehnt worden, denn eigentlich spricht sie bloß vom Freygelassenen im Verhältnisse zu seinem Patron. Die Klage, welche hier angestellt wird, heißt actio reuocatoria donationis propter superuenientiam liberorum;

4) wenn die Schenkung die Summe von 500 Dukaten überstieg und nicht gerichtlich insinuirt worden war: L. 34. C. *de Donat.* Doch ist dieses Gesetz eine lex minus quam perfecta,

weil nach Inhalt desselben nicht die ganze Schenkung widerrufen werden kann, sondern nur insoweit, als sie jene gesetzliche Summe übersteigt und

5) wenn die donatio sub modo geschehen war, der donatarius aber den modus nicht vollständig erfüllt hat. Die Praxis unterscheidet aber hier, ob der modus zum größern Theile, oder zum kleineren Theile, oder noch gar nicht erfüllt ist. Im erstern Falle kann nur auf Erfüllung des modus geklagt werden, im letztern aber hat der donator die Wahl, ob er die Erfüllung des modus oder die Rescission der Schenkung verlangen will.

§. 713.

6. Klage.

Die Schenkung ist ein pactum *vnilaterale,* denn nur der eine Contrahent, nämlich der donator, ist zum implementum verbunden. Deshalb kann aus der donatio nur eine actio directa angestellt werden, die *condictio ex L. 35. C. de Donat.*: actio personalis, quam donatarius aduersus donatorem instituit ad rem donatam sibi tradendam. Das Eigenthümliche dieser Klage besteht darin, daß

1) dieselbe niemals auf Verzugszinsen gerichtet werden kann: L. 22. D. *de Donat.*, weil dieß der Pflicht der Dankbarkeit zuwider wäre, welche der donatarius dem donator schuldig ist und

2) daß der donatarius seine Ansprüche nicht bis auf's Aeußerste verfolgen darf, indem einem jeden donator das beneficium competentiae zur Seite steht: L. 12. D. *eod.*

§. 714.

II. Compromissum.

Compromissum: pactum legitimum, quo duo pluresue litigatores caussam suam tertio cuidam priuato, decidendi gratia, committunt: L. 1. *de Recept.* — Mit diesem pactum *legitimum* hängt aber auf das Genaueste ein pactum *praetorium* zusammen, welches wegen seiner unmittelbaren Beziehung gleich hier mit zu erklären ist, nämlich: *receptum arbitri*: pactum praetorium, quo tertius quidam priuatus a compromittentibus ad horum caussam

decidendam electus, laudum dicendum in se suscipit: L. 3. §. 1. D. *eod.*

Wenn man nun diese beyden pacta mit einander vergleicht, so stehen in beyden verschiedene Contrahenten einander gegenüber, denn im compromissum sind es die streitenden Partheyen, welche einander versprechen, sich dem von dem Dritten zu fällenden, schiedsrichterlichen Urtheile (laudum) unterwerfen zu wollen, beym receptum arbitri hingegen stehen die Compromittenten zusammen auf einer Seite und der Dritte verspricht auf der andern, den Rechtsstreit derselben entscheiden zu wollen. Aus beyden pactis kann mit der actio in factum auf Erfüllung geklagt werden, welche beym compromissum darin besteht, daß sich der verurtheilte Compromittent dem laudum unterwirft und beym receptum arbitri, daß der erwählte Schiedsrichter, seinem Versprechen gemäß, den Rechtsstreit entscheidet: L. 27. §. 2. D. *eod.* — L. 3. §. 1. D. *eod.*

Im ältern R. R. galten diese pacta nur dann, wenn sie sub stipulatione poenali eingegangen waren, daher die Eintheilung in compromissa oder recepta *perfecta* und *imperfecta*. Justinian hob aber diesen Unterschied in der L. 4. §. 6. u. L. 5. C. *de Recept.* auf und gestattete eine Klage auch dann, wenn die stipulatio poenalis nicht Statt gefunden hatte.

§. 715.

III. Transactio.

Transactio (Vergleich): pactum legitimum, quo litigatores controuersiam suam ita componunt, vt vtraque pars de iure suo aliquid remittat: L. 1. D. *de Transact.* u. L. 38. C. *eod.* Auf den ersten Anblick scheint es unmöglich zu seyn, daß jeder der Transigenten von seinem Rechte etwas nachlasse, weil bey Processen in den meisten Fällen das Recht nur auf einer Seite, mithin der Andere gar nicht im Stande ist, von einem Rechte etwas nachzulassen, welches ihm nicht zusteht. Allein man darf hier gar nicht nach den wirklich vorhandenen Rechten fragen, die zur Zeit des Vergleiches noch nicht bewiesen, also unbekannt sind, sondern man muß sich auf den Standpunkt eines Dritten, z. B. des Richters stellen, welcher, so lange noch kein Beweis geführt ist, jeder der streitenden Partheyen zutraut, daß ihr das Recht zur Seite stehe. Daher können die Rechte, von welchen im Ver-

gleiche beyde Theile etwas nachlassen, theils iura vera, theils iura putatiua seyn.

Sollte bey dem Vergleiche ein Irrthum zur Sprache kommen, so ist zu unterscheiden, ob derselbe gerade denjenigen Punkt betrifft, wegen dessen die Partheyen in Zweifel waren und wodurch sie sich zu Abschließung des Vergleiches bewogen fanden, und hier kann der Irrthum dem geschlossenen Vergleiche auf keine Weise entgegenstehen, oder ob der Irrthum sich auf einen solchen Umstand bezieht, der als völlig bekannt und ausgemacht von den Partheyen vorausgesetzt wurde und in diesem Falle wird der Vergleich durch den Irrthum allerdings ungültig: L. 10. u. 42. C. *de Transact.*

Uebrigens sind beyde Theile in Hinsicht auf diejenigen Sachen, die sie zur Erfüllung des Vergleiches übergeben haben, einander zur Evictionsleistung verbunden, der Vergleich müßte denn so beschaffen seyn, daß der eine Transigent die an der streitigen Sache bisher behaupteten Rechte zu Gunsten des andern Transigenten bloß aufgegeben hat. Denn in diesem Falle muß sich der Empfänger, wenn ihm die Sache evincirt worden ist, an den wirklichen auctor halten: L. 33. C. *eod.*

Die aus dem abgeschlossenen Vergleiche anzustellende Klage ist, wenn derselbe unter der Form der Stipulation eingegangen worden war, die actio ex stipulatu, außerdem aber die actio in factum praescriptis verbis: L. 6. C. *eod.*

§. 716.

Uebrige pacta legitima.

Das receptum argentariorum war bey den ältern Römern ein contractus litteralis, welcher mit den argentariis (Wechslern), die fidem publicam hatten, über ein Darlehn dadurch eingegangen wurde, daß die letztern den Namen des Schuldners in ihre Handelsbücher eintrugen (nomen recipere). Im neuern R. R. wurde jener Contrakt in ein pactum legitimum verwandelt und den argentariis auch gestattet, landesübliche Zinsen zu nehmen: Nou. 136. c. 4.

Die übrigen pacta legitima sind bereits an andern Orten ausführlich erklärt worden: dotis promissio: §. 274., pacta dotalia: §. 294—296. u. pactum de seruitutibus constituendis: §. 451.

Zweytes Capitel.

Von den pactis praetoriis.

§. 717.

I. Precarium.

Precarium (Vertrag auf Widerruf, Ueberlassungs-Vertrag): pactum praetorium, quo quis rem nec fungibilem vel incorporalem alteri in vsum gratuitum, haud definitum ita concedit, vt ea ipsa, quandocumque domino placuerit, in eadem specie sit restituenda: L. 1. D. *de Precar*. Die vorangehenden preces des Empfängers, von welchen dieser Vertrag ursprünglich seinen Namen hat: L. 1. *cit.* pr. geben zwar meistens zu Abschließung desselben Veranlassung, sind jedoch keinesweges als ein essentiale zu betrachten, weil der Begriff des precarium derselbe bleibt, wenn auch der Eigenthümer dem Precisten den Gebrauch der Sache angeboten hat und darum ist es nicht richtig, die Worte: ex precario possidere mit den Worten: bittweise besitzen zu erklären: es muß vielmehr heißen: auf Widerruf besitzen. Auch hüte man sich vor einer Verwechselung der Worte: ex precario possidere mit dem Ausdrucke: precario possidere, denn dieser letztere setzt stets eine possessio *vitiosa* voraus, die Demjenigen zugeschrieben wird, welcher zwar eine gewisse Sache ex precario besaß, aber nach erfolgtem Widerrufe sich weigert, dieselbe herauszugeben: L. 2. D. *eod.* (§. 391.)

Das precarium ist dem commodatum sehr ähnlich, denn es kommt mit demselben in folgenden Momenten überein:

1) der Gegenstand kann, wenn er in einer körperlichen Sache besteht, nur eine res *nec* fungibilis seyn, weil außerdem der Begriff des mutuum eintreten würde: L. 1. §. 3. D. *eod.*,

2) die Sache wird dem Empfänger zur Benutzung übergeben: L. 1. *cit.* pr.,

3) sie muß, finito vsu, in eadem specie zurückgegeben werden: L. 1. *cit.* §. 2. und

4) der Vertrag selbst ist ein negotium *gratuitum*: L. 1. *cit.* §. 2.

Das precarium unterscheidet sich aber vom commodatum dadurch:

1) daß der Empfänger die Sache zu beliebiger Benutzung empfängt, dahingegen beym commodatum der Gebrauch von allen Seiten fest bestimmt seyn muß: §. 6. u. 7. Inst. *de Oblig. quae ex del. nasc.* u. L. 17. §. 3. D. *Commod.* und

2) daß beym precarium die Zeit der Benutzung niemals im Voraus bestimmt ist, weil dem Eigenthümer in jedem Augenblicke der Widerruf frey steht, selbst wenn eine Zeit bestimmt worden wäre: L. 12. pr. D. *de Precar.*, dahingegen beym commodatum die Zeit der Restitution festgesetzt seyn muß, obwohl dieß nicht immer ausdrücklich zu geschehen braucht, weil dieselbe nicht selten aus dem Zwecke der Benutzung von selbst hervorgeht: §. 2. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.*

Das precarium kann nun sowohl an einer körperlichen, als an einer unkörperlichen Sache eingegangen werden. Unter unkörperlichen Sachen sind nur dingliche Rechte, z. B. Servituten zu verstehen: L. 2. D. *de Precar.* Die körperlichen Sachen können aber eben sowohl unbewegliche, als bewegliche seyn: L. 17. D. *eod.* und daß auch in Deutschland ein precarium an Grundstücken eingegangen werden kann, beweisen die oben (§. 443.) erwähnten Laßgüter. Weil endlich der Empfänger in jedem Augenblicke erwarten muß, daß ihm der Besitz und die Benutzung der Sache durch Widerruf entzogen wird, so haftet er nur für den dolus und die culpa lata: L. 8. §. 3. D. *eod.* Wenn aber der Empfänger vor erfolgtem Widerrufe stirbt, so erlischt das precarium sogleich und der Erbe kann keinen Anspruch auf die Benutzung der Sache machen: L. 12. §. 1. D. *eod.*

Die Klage, welche der Eigenthümer aus dem precarium anstellt, ist die actio in factum praescriptis verbis: L. 2. §. 2. D. *eod.*, obwohl ihm auch ein possessorisches Rechtsmittel, das interdictum de precario, zusteht, welches ein interdictum restitutorium ist: L. 2. *cit.* §. 1. u. 2.

§. 718.

II. Constitutum.

Constitutum s. constituta pecunia: pactum praetorium, quod caussam suam ciuilem in iteratione obligationis habet: L. 1. pr. D. *de Pecun. const.*

Das constitutum ist überhaupt von doppelter Art:

1) *constitutum debiti proprii*: quo quis id, quod olim promiserat, denuo promittit: §. 9. Inst. *de Act.* — Dieses constitutum kann heut zu Tage schlechterdings nicht mehr vorkommen, weil es der Prätor bloß in Bezug auf die pacta nuda einführte, welche heut zu Tage nicht mehr existiren. Wenn nämlich Jemand durch ein pactum nudum etwas versprochen hatte, so konnte er bekanntlich auf die Erfüllung dieses Versprechens nicht belangt werden. Nun sagte aber der Prätor, daß, wenn der promissor sein Versprechen wiederholt hätte, man annehmen müsse, daß es ihm damit Ernst sey und er nunmehr allerdings zur Erfüllung angehalten werden könne;

2) *constitutum debiti alieni*: quo quis alienae obligationi accedit: L. 1. C. *de Const. pec.* Dieses constitutum ist der fideiussio (Bürgschaft) sehr ähnlich, indem der constituens, gleich dem Bürgen, sich zu derselben Leistung verbindlich macht, welche der Schuldner übernommen hat, auch, wie der Bürge, wenn er früher als der Schuldner selbst belangt wird, sich des beneficii excussionis bedienen kann, aber es unterscheidet sich von der fideiussio dadurch, daß der fideiussor sich niemals in duriorem caussam verbindlich machen kann, d. h. daß er niemals mehr versprechen kann, als wozu der Schuldner sich anheischig gemacht hat, obwohl es ihm frey steht, dem Gläubiger eine größere Sicherheit zu leisten, als der Schuldner zu gewähren im Stande ist: L. 8. §. 7. D. *de Fideiuss.*, dahingegen der constituens das Geschäft nicht bloß zur Sicherheit des Gläubigers einzugehen braucht, sondern auch zu seinem eignen Nutzen abschließen, mithin eine größere Summe versprechen kann, als der Schuldner zu entrichten hat. Auch steht es ihm frey, Dasjenige, was erst später zu bezahlen ist, zu einem früheren Termine: L. 3. §. 2. u. L. 4. D. *de Pecun. const.*, Das, was nur unter einer gewissen Bedingung zu entrichten ist, unbedingt: L. 19. §. 1. D. *eod.*, statt Dessen, was der Schuldner zu leisten hat, eine andere Sache: L. 1. §. 5. D. *eod.* oder auch die Zahlung an einem andern, als dem früher bestimmten Orte zu versprechen: L. 5. pr. D. *eod.*

Die Klage, welche aus dem constitutum angestellt wird, ist die actio constitutae pecuniae und auf die Erfüllung des vom Constituenten gegebenen Versprechens gerichtet: L. 1. C. *de Const. pecun.*

§. 719.

Von der Fideiussio.

1. Begriff.

Die fideiussio findet hier den passendsten Platz wegen ihrer großen Aehnlichkeit mit dem constitutum debiti alieni, denn nach reinem R. R. würde sie unter die contractus verbales und zwar unter die stipulationes gehören, weshalb auch die aus der fideiussio anzustellende Klage noch heut zu Tage actio ex stipulatu genannt wird.

Fideiussio (Bürgschaft, Verbürgung): contractus, quo quis alienae obligationi in securitatem creditoris accedit: L. 1—4. D. *de Fideiussor.* Die fideiussio wird nur zwischen zwey Personen, nämlich zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen eingegangen und Letzterer macht sich zur Bezahlung der Schuld auf den Fall verbindlich, daß der Gläubiger zur festgesetzten Zeit von dem Schuldner das implementum des Hauptgeschäftes nicht erlangen kann, was ihm aber der Gläubiger allerdings erst beweisen muß.

§. 720.

2. SC. Velleianum.

Jeder, welcher überhaupt ein gültiges Geschäft eingehen und sich verbindlich machen kann, ist auch fähig, Bürge zu werden und nur dreyerley Personen sind von diesem Rechtsgeschäfte ausgeschlossen:

1) Soldaten: L. 8. §. 1. D. *Qui satisd. cog.* u. L. 31. C. *de Locat.* Der Grund ist der, daß sie auf keine Weise von ihren militärischen Pflichten (im Kriege, wie im Frieden) abgezogen werden sollen,

2) Geistliche: Nou. 123. c. 6. und

3) Frauenzimmer. Ueber diese wurde unter Claudius im J. 799. ein merkwürdiges Gesetz: das SC. Velleianum erlassen, welches alle Bürgschaften und überhaupt alle Intercessionen von Seiten der Frauenzimmer dergestalt untersagte, daß diesen durchaus keine Verbindlichkeit daraus erwachsen sollte (obligatio naturalis iure ciuili plane reprobata). Wenn sich also ein Frauenzimmer verbürgt hat, so kann dasselbe keineswegs aus der Bürg-

schaft verklagt werden und, wenn dieß dennoch geschieht, dem Kläger die exceptio SC. Velleiani entgegensetzen, ja, die mulier kann sogar Das, was sie aus der Bürgschaft bereits bezahlt hat, mit der condictio indebiti zurückfordern: L. 8. §. 3. D. *Ad SC. Vellei.* — Justinian milderte aber in der L. 23. C. *eod.* diese Strenge insoweit, als er die Intercessionen der Frauenzimmer für gültig erklärte, wenn sie durch eine öffentliche Urkunde bekräftigt worden, also entweder gerichtlich geschehen wären, oder durch ein von drey Zeugen unterschriebenes und untersiegeltes Document bewiesen werden könnten. Doch machte Justinian von dieser Milderung wieder eine Ausnahme in der Auth. Si qua mulier: L. 22. C. *Ad. SC. Vellei.* (Nou. 134. c. 8.), nämlich in Bezug auf Ehefrauen, welche sich für ihre Ehemänner verbürgt haben. Diese Bürgschaften sind schlechterdings ungültig, unter welcher Form sie auch geschehen mögen, es müßte denn, wie in demselben Gesetze erwähnt ist, die versio in rem vxoris bewiesen werden können, nämlich, daß sie durch die Bürgschaft bereichert worden sey. Aber nach Vorgang einer unrichtigen Analogie des canonischen Rechts: c. 28. X. *de Iureiur.* u. c. 2. *de Pact. in VI.* (§. 153.) hat die Praxis des gemeinen Rechts die eidliche Verbürgung einer Ehefrau für gültig erklärt und nach manchen Particularrechten ist es hinreichend, wenn nur die Ehefrau auf die ihr zustehende Rechtswohlthat der Auth. Si qua mulier gerichtlich Verzicht leistet.

Doch giebt es gewisse Fälle, in welchen das SC. Velleianum nicht zur Anwendung kommen kann:

1) wenn die mulier die Intercession zu ihrem eigenen Nutzen vorgenommen, z. B. wenn sie die fragliche Schuld unter fremdem Namen aufgeborgt und sich nun dafür verbürgt hat: L. 16. pr. D. *Ad. SC. Vellei.*,

2) wenn sie gegen den Gläubiger auf irgend eine Weise dolose gehandelt hat: L. 18. C. *eod.*,

3) wenn der Gläubiger ein Minderjähriger ist: L. 12. D. *de Minorib.*,

4) wenn die mulier auf die ihr zustehende Rechtswohlthat entweder ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht leistet. Die ausdrückliche Verzichtleistung kann heut zu Tage nur gerichtlich geschehen, nach R. R. aber bloß in dem einzigen Falle, daß Mutter oder Großmutter die Vormundschaft über ihre Descen-

denten antreten: Nov. 118. c. 5. Stillschweigend geschieht aber die Verzichtleistung z. B., wenn ein Frauenzimmer den Gläubiger veranlaßt, daß er nicht den Schuldner, sondern sie selbst auf Bezahlung der fraglichen Schuld verklagen solle: L. 32. §. 4. D. *Ad SC. Vellei.*,

5) wenn die mulier ihre Verbürgung nach Verlauf von zwey Jahren wiederholt, was auch stillschweigend durch Stellung eines Schadlosbürgen (§. 722.) oder durch Begründung eines Pfandrechtes geschehen kann: L. 22. C. *eod.*,

6) wenn die Verbürgung zu einem frommen Zwecke geschehen ist, wie z. B. zur Bestellung einer Mitgift: L. 24. u. 25. C. *eod.*,

7) wenn die mulier für ihre Verbürgung eine Summe Geldes oder überhaupt eine Vergütung (*pretium* intercessionis) empfangen hat: L. 23. pr. u. §. 1. C. *eod.* und

8) wenn die mulier Erbin des Schuldners geworden ist: L. 8. §. 13. D. *eod.* in Verb. mit L. 95. §. 2. u. 3. D. *de Solut.*

Ist aber die Intercession eines Frauenzimmers nicht durch eigentliche Verbürgung (fideiussio), sondern durch expromissio geschehen, d. h. dergestalt, daß die mulier die fragliche Schuld auf sich nahm und auf diese Weise den früheren Schuldner befreyte, so steht dem Gläubiger, weil er die mulier nicht belangen kann, gegen den früheren Schuldner eine actio restitutoria s. rescissoria zu, kraft welcher der Letztere sich wieder zu der Schuld bekennen muß: L. 8. §. 9. D. *Ad SC. Vellei.* und wenn endlich die Intercession eines Frauenzimmers so geschah, daß die mulier in eigenem Namen ein fremdes Geschäft zu fremdem Nutzen contrahirte, so stellt der Gläubiger, weil die mulier aus diesem Geschäfte nicht verbindlich wird, gegen den wirklichen Schuldner diejenige Klage an, welche er gegen die mulier hätte, wenn ihr nicht das SC. Velleianum zur Seite stünde und diese Klage wird in den Quellen actio *institutoria* genannt: L. 8. §. 14. D. *eod.*

§. 721.

3. Rechtswohlthaten der Bürgen.

Den fideiussoribus stehen dreyerley beneficia iuris zu:

1) beneficium *diuisionis*. Dieses hat der Kaiser Hadrian für die confideiussores, also auf den Fall eingeführt, daß mehrere Personen zugleich sich für Jemanden verbürgt haben: §. 4. Inst.

de Fideiuss. — Kraft dieser Rechtswohlthat kann sich der eine Mitbürge, welcher vom Gläubiger auf Bezahlung der ganzen Schuld belangt wird, von dieser Forderung vor der Hand dadurch befreyen, daß er seinen Antheil entrichtet und braucht das Uebrige erst dann zu bezahlen, wenn ihm der Gläubiger beweist, daß er die andern Mitbürgen vergeblich ausgeklagt habe;

2) beneficium *excussionis s. ordinis.* Vor Justinian war der fideiussor ein correus debendi, er befand sich also in obligatione principali, so daß der Gläubiger die Wahl hatte, ob er den Schuldner, oder den Bürgen zuerst belangen wolle. Aber Justinian verordnete in der Nou. 4. c. 1. daß der Bürge erst dann gehalten seyn solle, wenn der Schuldner vergeblich ausgeklagt worden wäre;

3) beneficium *cedendarum actionum.* Diese Rechtswohlthat führte der Prätor und zwar bloß zu Gunsten der Mitbürgen ein: L. 36. D. *de Fideiussor.*, dergestalt, daß derjenige Mitbürge, welcher die ganze Schuldsumme bezahlt hatte, vom Gläubiger iura cessa, d. h. verlangen konnte, daß dieser ihm die actio ex stipulatu abträte, welche er, der Gläubiger, gegen die übrigen Mitbürgen hatte. Später aber wurde dieses beneficium auch auf die Hauptklage ausgedehnt, welche der Gläubiger gegen den Schuldner selbst aus dem mit diesem eingegangenen Geschäfte anstellen kann, so daß, wenn ein Bürge, oder mehrere Mitbürgen für den Schuldner bezahlt haben, der Gläubiger ihnen jene Klage abtreten muß: L. 2. C. *eod.*

§. 722.

4. Fideiussores accessorii.

Außer Denen, welche sich zunächst als Bürgen verpflichten, können auch noch andere Personen bey demselben Geschäfte als Bürgen auftreten, die in entfernteren Verhältnissen, aber allerdings auch in rechtlicher Beziehung zu dem Geschäfte stehen und daher die Eintheilung in fideiussores *principales* (Hauptbürgen) und *accessorios* (Nebenbürgen). Diese letztern sind nun von doppelter Art:

1) *fideiussores indemnitatis* (Schadlosbürgen, Afterbürgen): qui in securitatem creditoris *subsidiariam* intercedunt: L. 8. §. 12. D. *de Fideiussor.* Hier wird vorausgesetzt, daß der Hauptbürge dem Gläubiger nicht hinreichende Sicherheit gewährt,

weshalb zur Verstärkung der letztern ein Anderer sich anheischig macht, für die Forderung einstehen zu wollen, wenn der Gläubiger weder von dem Schulder, noch von dem Hauptbürgen vollständig befriedigt werde;

2) *fideiussores succedanei* (Rückbürgen): qui in securitatem fideiussoris principalis intercedunt: L. 4. pr. D. *eod.* Wenn ein Gläubiger das Hauptgeschäft mit dem Schuldner nicht anders eingehen will, als wenn sich für den Letztern eine bestimmte Person verbürgt, diese aber ihre Bürgschaft bloß auf den Fall zusagt, daß der Schuldner einen Bürgen stelle, an den sie sich halten könne, dafern sie für den Schuldner bezahlen müsse, so heißt dieser zweyte Bürge: fideiussor succedaneus.

§. 723.

5. Klage.

Die Klage, welche aus der Bürgschaft entspringt, ist die actio ex stipulatu, welche der Gläubiger gegen den Bürgen anstellen kann, wenn sich der Schuldner in mora befindet. Diese Klage ist nun nicht bloß auf die Schuld oder das Capital, sondern auch auf die Zinsen, so wie überhaupt auf omnem caussam gerichtet, für welche der Bürge einstehen muß, weil die fideiussio eine obligatio accessoria ist: L. 24. §. 1. D. *de Vsur.* u. L. 54. pr. D. *Locat.*, es müßte sich denn der Bürge ausdrücklich nur auf eine geringere Summe verpflichtet haben: L. 68. §. 1. D. *de Fideiussor.* — Von der andern Seite stehen aber dem Bürgen auch die sämmtlichen Exceptionen zu, welcher sich der Schuldner hätte bedienen können: L. 21. in fin. u. L. 23. in fin. D. *de Pact.* und außerdem auch noch diejenigen Einreden, welche das Gesetz den Bürgen kraft der ihnen ertheilten Rechtswohlthaten direct zugestanden hat. (§. 721.)

Wenn aber der Bürge für den Schuldner Zahlung geleistet hat, so kann er an diesen seinen Regreß nehmen und zwar auf eine dreyfache Weise:

1) wenn ihn der Schuldner um die Bürgschaft gebeten hatte: mit der actio mandati contraria: §. 6. Inst. *de Fideiussor.*,

2) wenn der Bürge ohne Wissen des Schuldners gutgesagt hatte: mit der actio negotiorum gestorum contraria: L. 4. pr. D. *eod.* und

3) wenn der Bürge wider Willen des Schuldners die Intercession vorgenommen hatte, so bleibt ihm nichts übrig, als sich vom Gläubiger iura cessa gegen den Schuldner geben zu lassen. (§. 721).

Endlich ist noch ein besonderes Rechtsmittel zu erwähnen, dessen sich der Bürge gegen den Gläubiger bedienen kann, wenn dieser, obwohl der Schuldner in mora ist, den Letztern nicht verklagt, vielleicht, um erst dessen völlige Insolvenz abzuwarten und dann sogleich den Bürgen in Anspruch nehmen zu können. Dieses Rechtsmittel ist die condictio ex Lege: *Si contendat,* (L. 28. D. *de Fideiussor.*) durch deren extensive Auslegung es eingeführt worden ist. Es ist nämlich eine provocatorische Klage, mit welcher der Bürge den Gläubiger auffordert, ihn (den Bürgen, nicht den Schuldner) aus seiner Bürgschaft zu verklagen, damit er, der Bürge, noch zeitig genug (d. h. so lange der Schuldner noch nicht insolvent ist) von seiner exceptio beneficii excussionis (§. 721.) Gebrauch machen könne.

§. 724.

III. Pactum de iureiurando.

Unter dem iusiurandum, welches hier vorkommt, ist ein solcher Eid zu verstehen, der außerhalb der Gerichtsstelle geleistet wird (iusiurandum extraiudiciale). Denn auf gerichtliche Eide stützt sich die res iudicata.

Pactum de iureiurando: pactum praetorium, quo litigatores decisionem controuersiae a praestatione iuramenti suspendunt: §. 11. Inst. *de Act.* u. L. 1—3. D. *de Iureiur.*

Bey diesem Vertrage sind nun drey Fälle möglich:

1) Der, welchem, kraft des Vertrages, die Leistung des Eides oblag, hat denselben wirklich geschworen. In diesem Falle wird der Anspruch des Schwörenden als völlig erwiesen angenommen, so daß nun der Letztere entweder eine Klage: actio in factum anstellen, oder sich auch einer Exception bedienen kann: §. 4. Inst. *de Except.*,

2) Der, welchem die Eidesleistung oblag, erklärt, daß er den Eid nicht leisten wolle und dann hat der Gegner eine Klage auf Schadenersatz, obwohl der Vertrag selbst nicht die beabsichtigte Wirkung haben kann: L. 5. §. 4. D. *de Iureiur.* und

3) Der, welchem die Eidesleistung oblag, ist zu derselben erbötig, der Gegner aber erläßt ihm den Eid und in diesem Falle treten dieselben Wirkungen ein, als wenn der Eid wirklich geleistet worden wäre: L. 9. §. 1. D. *eod.*

§. 725.

IV. Receptum nautarum, cauponum et stabulariorum.

Receptum in diesem Sinne ist: pactum praetorium, quo nauta, caupo vel stabularius per receptionem rerum viatoris huic ipsi ad eas res in eadem specie restituendas obligatur: L. 1. pr. D. *Naut. caup.*

Das receptum nautarum, cauponum et stabulariorum kommt im R. R. in einer dreyfachen Beziehung vor:

1) nach seiner caussa ciuilis: als pactum praetorium, weil der Prätor es war, welcher aus jenem Rechtsverhältnisse eine Klage gestattete,

2) nach der Art und Weise, auf welche der Vertrag geschlossen wird: als quasicontractus, weil es hier von Seiten des Schiffers oder Gastwirthes bloß eines consensus *praesumtus* bedarf, welcher aus der Aufnahme des Reisenden und seiner Effecten gefolgert wird und

3) nach dem Urheber des zugefügten Schadens: als quasidelictum ex culpa *aliena*, weil der Schiffer oder Gastwirth auch für den Schaden stehen muß, der durch seine Untergebenen und Dienstboten den Sachen des Reisenden zugefügt worden ist: §. 3. Inst. *de Oblig. quae quasi ex del. nasc.* — Diese Begriffe wendet man heut zu Tage auch auf die Posten, Fuhrleute und Spediteure an.

Wenn nun das receptum als pactum praetorium oder als quasicontractus betrachtet wird, so ist die daraus entspringende Klage: actio in factum de recepto: L. 3. §. 1. D. *Naut. caup.* Kommt es jedoch in der Gestalt eines quasidelictum vor, so wird eine actio poenalis de recepto auf das Doppelte des zugefügten Schadens angestellt: L. 7. pr. u. §. 1. D. *eod.* — In diesem Gesetze ist aber auch verordnet, daß die Verbindlichkeit aus dem receptum wegfalle, wenn der Schiffer oder Gastwirth den Reisenden im Voraus bekannt gemacht habe, daß er für keinen Schaden

und keine Entwendung einstehe, die sich in Hinsicht auf die Güter der erstern zutragen möchten.

Die übrigen pacta praetoria, nämlich das receptum arbitri und das pactum hypothecae sind bereits oben erklärt worden. Vgl. §. 488.

Dritter Abschnitt.

Von den variis caussarum figuris.

Erster Titel.

Von den Quasicontractibus.

§. 726.

Begriff und Gattungen.

Quasicontractus: contractus, qui nititur consensu ab altera parte *vero*, ab altera *praesumto*. Daß der consensus *praesumtus* nicht auch *fictus* genannt werden dürfe, ist bereits oben (§. 137.) ausgeführt worden.

Die einzelnen quasicontractus sind: 1) tutela (§. 335.), 2) litis contestatio, 3) receptum nautarum, cauponum et stabulariorum (§. 725.), 4) aditio hereditatis (§. 587.), 5) administratio hereditatis (§. 587.) 6) communio incidens (§. 405. u. 436.), 7) indebiti solutio und 8) negotiorum gestio.

§. 727.

I. Litis contestatio.

Litis contestatio: quasicontractus, quo vtraque pars in punctum controuersiae ita consentire praesumitur, vt neutra ab eo, lite pendente, recedere valeat: L. 1. C. *de Litis contest.*

Der hier erforderliche consensus ist keinesweges darauf zu beziehen, daß sich die Partheyen dem Urtheile des Richters unterwerfen wollten, denn dieß ist iuris publici und versteht sich von selbst. Auch darf man nicht glauben, daß hier der consensus beyder Theile präsumirt würde, keiner von beyden also einen consensus verus erkläre. Es betrifft vielmehr der consensus *praesumtus* nur diejenigen Punkte, welche dem Gegner von

Wichtigkeit und von Vortheil sind, und in Hinsicht auf welche dieser allein verbindlich wird, so daß sich ein gegenseitiges, entsprechendes Verhältniß herausstellt.

Dieser quasicontractus war bey den Römern besonders in Hinsicht auf die plus und minus petitio von großer Wichtigkeit, doch kann seine Existenz auch wohl noch heut zu Tage angenommen werden.

II. Negotiorum gestio.

§. 728.

1. Begriff und Erfordernisse.

Negotiorum gestio: quasicontractus, quo is, qui alienum negotium honestum, inscio domino eius, suscepit, in hoc negotium ad finem rite perducendum consensisse praesumitur: L. 1. D. *de Negot. gest.* Die Personen, welche bey diesem Contrakte concurriren, heißen: negotiorum gestor und dominus negotii.

Die Erfordernisse der negotiorum gestio sind aber folgende:

1) negotium alienum honestum, welches ganz wie im Auftragscontrakte (mandatum) zu beurtheilen ist: §. 1. Inst. *de Oblig. quae quasi ex contr. nasc.*,

2) daß der negotiorum gestor überhaupt fähig sey, rechtliche Geschäfte einzugehen: L. 3. §. 4. D. *de Negot. gest.*,

3) daß zu der Zeit, zu welcher der negotiorum gestor das Geschäft übernahm, der dominus negotii nichts davon wußte, auch die Führung dieses Geschäftes nicht ausdrücklich verboten hatte: L. 8. §. 3. D. *eod.*,

4) wenn nach begonnener Geschäftsführung der dominus negotii seine Einwilligung noch ertheilt, so ist zu unterscheiden, ob zu dieser Zeit das Geschäft bereits zu Ende gebracht war, oder nicht. Im erstern Falle bleibt der Begriff der negotiorum gestio derselbe, im letztern aber verwandelt er sich in den des mandatum: L. 6. §. 9. D. *eod.*,

5) der negotiorum gestor muß auch wirklich die Absicht haben, das Geschäft zum Besten des dominus auszuführen und nicht zu seinem eigenen Vortheile: L. 6. §. 3. D. *eod.*

6) er darf bey der negotiorum gestio nicht den animus donandi gehabt haben: L. 27. §. 1. D. *eod.*,

7) er muß Das, was in der Natur des Geschäftes liegt, wirklich vollbringen, es kommt aber nichts darauf an, ob der beabsichtigte Zweck auch wirklich erreicht wird: L. 10. §. 1. D. *eod.*

§. 729.

2. Rechtliche Wirkungen.

Die negotiorum gestio ist ein contractus *vnilateralis*, denn nur ein Theil, nämlich der negotiorum gestor, ist zum implementum desselben verbunden, welches darin besteht, daß derselbe das fremde Geschäft, dessen Besorgung er übernommen hat, auch wirklich zu Ende führe und daher entspringt aus diesem Contrakte nur eine einzige actio directa, nämlich die *actio negotiorum gestorum directa*: actio personalis, quam dominus negotii adversus negotiorum gestorem instituit, vt hic negotium susceptum ad finem rite perducat: L. 17. §. 3. D. *Commod.* Hierbey sind folgende einzelne Verbindlichkeiten zu merken, welche dem negotiorum gestor obliegen:

1) er muß, wenn mit dem übernommenen Geschäfte pecuniäre Verhältnisse verbunden waren, genaue Rechnung ablegen und den Ueberschuß herausgeben: L. 2. D. *de Neg. gest.*;

2) wenn er von empfangenen Geldern etwas in seinen Nutzen verwendet hat, so muß er zur Strafe vsuras *centesimas* (12 Proc.) dafür entrichten: L. 38. D. *eod.*;

3) er muß culpam *leuissimam* leisten und zwar nicht bloß wegen der Analogie des Mandat-Contraktes, sondern auch besonders deswegen, weil er sich ganz unberufen zur Geschäftsführung aufgeworfen hat: §. 1. Inst. *de Oblig. quae quasi ex contr. nasc.*;

4) den casus braucht aber der negotiorum gestor in der Regel nicht zu tragen, ausgenommen:

a. wenn das Geschäft ein gewagtes war: L. 11. D. *de Neg. gest.*,

b. wenn der dominus negotii ausdrücklich widersprochen hatte: L. 8 §. 3. D. *eod.* und

c. wenn der negotiorum gestor das Geschäft zu seinem eigenen Vortheile übernommen hatte: L. 6. §. 3. D. *eod.*

Aber bey Gelegenheit dieses quasicontractus kann ex post facto auch der dominus negotii verbindlich werden, nämlich

1) wenn der negotiorum gestor bey der Geschäfts-Führung irgend einen Schaden erlitten oder einen Aufwand gehabt hat, welchen der dominus negotii sammt Zinsen, von Zeit der erfolgten Ausgabe oder des erlittenen Schadens an ersetzen muß: L. 45. pr. D. *eod.* und

2) der dominus negotii muß den negotiorum gestor gegen alle dritte Personen vertreten und klaglos stellen, mit welchen der Letztere zum Besten des Erstern contrahirt hat: L. 2. D. *eod.*

Daher kann in den erwähnten Fällen der negotiorum gestor gegen den dominus negotii die *actio negotiorum gestorum contraria* erheben: actio personalis, quam ex post facto negotiorum gestor aduersus dominum negotii instituit ad indemnitatem sibi praestandam: §. 1. Inst. *de Oblig. quae quasi ex contr. nasc.*

§. 730.

Actio funeraria.

Eine besonders ausgezeichnete Gattung der negotiorum gestio kommt bey Besorgung eines fremden Begräbnisses vor.

Ueber die Verpflichtung, Jemanden begraben zu lassen, sind folgende Grundsätze zu merken:

1) zunächst liegt diese Verpflichtung Demjenigen ob, welchem der Verstorbene dieselbe übertragen hatte: L. 12. §. 4. D. *de Religios. et sumt. fun.*,

2) ist ein solcher Auftrag nicht ertheilt worden, so muß unbedingt der Erbe für das Begräbniß sorgen: ibid.

3) wenn aber kein Erbe vorhanden ist, so liegt die Verpflichtung Demjenigen ob, welcher verbunden war, den Verstorbenen bey seinen Lebzeiten zu alimentiren, daher der Grundsatz: qui alit, sepelit: L. 16—21. D. *eod.*,

Wenn nun Diejenigen, die zur Besorgung des Begräbnisses verbunden sind, dieselbe unterlassen, so kann sie jeder Fremde unternehmem, welcher dann als negotiorum gestor zu betrachten ist und die gehabten Auslagen von den verpflichteten Personen mit der actio funeraria zurückverlangen kann: L. 12. §. 2. u. 3. D. *eod.* Diese Klage ist ihrer Natur nach nichts anderes, als eine actio negotiorum gestorum contraria, aber von den Gesetzen insofern begünstigt, als beym Concurs die Begräbnißkosten allen übrigen Forderungen vorgezogen werden: L. 45. D. *eod.*

Die actio funeraria fällt aber weg:

1) wenn Der, welcher das Begräbniß besorgte, einen in Hinsicht auf den Stand und das Vermögen des Verstorbenen entweder zu großen oder zu geringen Aufwand gemacht hat: L. 12. §. 5. u. L. 14. §. 6. D. *eod.*, wenigstens muß sich im erstern Falle der Kläger seine Forderungen kürzen lassen und

2) wenn Jemand animo donandi oder aus Pietät die Bestattung unternahm: L. 14. *cit.* §. 7. u. 8.

III. Indebiti solutio.

§. 731.

1. Begriff und Erfordernisse.

Indebiti solutio: quasicontractus, quo is, qui rem aliquam ex errore facti sibi traditam accepit, in eam rem cum omni caussa restituendam consensisse praesumitur: §. 6. Inst. *de Oblig. quae quasi ex contr. nasc.*

Die Erfordernisse dieses Begriffes sind folgende:

1) daß Jemand irgend eine Sache, es sey nun dieselbe eine res fungibilis oder nec fungibilis, ohne rechtlich dazu verbunden zu seyn (indebite), übergeben habe. Doch darf hier gar keine Verbindlichkeit, selbst keine obligatio naturalis zur Uebergabe vorhanden gewesen seyn: L. 13. D. *de Condict. indeb.* und

2) daß diese Uebergabe ex errore *facti* geschehen ist: L. 10. C. *de Iur. et fact. ignor.*, im Gegensatze des error *iuris*. So kann z. B. ein Erbe, welcher die Legate, mit denen er gesetzwidrig beschwert war, unverkürzt auszahlte, weil es ihm unbekannt war, daß er zum Abzug der quarta Falcidia berechtigt sey, aus diesem Grunde keine Klage anstellen: L. vlt. in fin. D. *de Iur. et fact. ignor.* Doch kommen allerdings Ausnahmen vor, in welchen zu Gunsten gewisser Personen der error iuris an die Stelle des error facti tritt, wie z. B. bey Frauenzimmern: L. 8. §. 1. D. *Qui satisd. cog.* (§. 133.)

§. 732.

2. Condictio indebiti.

Wenn nun eine indebiti solutio unter den angezeigten Erfordernissen Statt gefunden hat, so kann Der, welcher ex errore facti eine Sache übergeben hatte, eine persönliche Klage auf Resti-

tution derselben gegen den Empfänger anstellen und diese Klage heißt condictio indebiti, welche entweder condictio *certi* oder condictio *incerti* ist, jenachdem sie auf res *fungibiles* oder auf eine res *nec* fungibilis gerichtet wird. (§. 185.)

Was aber die Frage betrifft, wer bey der condictio indebiti den Beweis zu führen habe, so ist nach Anleitung der L. 25. D. *de Probat.* zu unterscheiden, ob der Kläger behauptet, bloß einen Theil des Bezahlten indebite geleistet zu haben, in welchem Falle er ohne Unterschied den Beweis führen muß, daß er diesen Theil indebite bezahlt habe, oder ob der Kläger die Behauptung, daß er indebite bezahlt habe, in Hinsicht auf die ganze Zahlung geltend machen will. Hier ist wieder zu distinguiren, ob der Beklagte den Empfang der Zahlung oder der fraglichen Sache einräumt oder läugnet. Im letztern Falle hat der Kläger weiter nichts darzuthun, als das factum solutionis oder traditionis (legitimatio ad caussam passiua) und ist dieß geschehen, so muß der Beklagte zur Strafe seines Läugnens den Beweis führen, daß Dasjenige, was er als Zahlung empfangen habe, ein debitum gewesen sey. Im erstern Falle aber, nämlich wenn der Beklagte die empfangene Zahlung einräumt, aber behauptet, daß dieselbe ein debitum gewesen sey, muß unbedingt der Kläger das indebitum beweisen.

Verzugszinsen können hier, weil die indebiti solutio auf einem Irrthum beruht, nicht vorkommen: L. 1. C. *de Condict. indeb.*

Endlich fällt die condictio indebiti weg, wenn bereits ein rechtskräftiges Urthel über die erfolgte Zahlung vorhanden oder ein Vergleich dafür eingegangen worden ist, so wie auch nach reinem R. R. in caussis, in quibus lis inficiando crescit, d. h. in solchen Angelegenheiten, in welchen Der, welcher das Recht des Gegners dolose geläugnet hat, zur Strafe in's Doppelte verurtheilt wird: L. 42. D. *de Condict. indeb.* u. L. 4. C. *eod.* Hingegen Zinsen, welche Jemand aus Irrthum für ein Capital, das er wirklich schuldig war, bezahlt hatte, ohne sie versprochen zu haben, können allerdings mit der condictio indebiti zurückgefordert werden: L. 18. C. *de Vsur.*

§. 733.

3. Exceptio indebiti.

Aber die *condictio* indebiti ist nicht der einzige Weg, auf welchem Jemand seine Ansprüche in Hinsicht auf die indebiti solutio geltend machen kann, vielmehr ist hier noch ein anderes Rechtsmittel, die *exceptio* indebiti, vorhanden, welche dann Statt findet, wenn Der, welcher ex errore facti etwas versprochen hatte, auf Erfüllung dieses Versprechens belangt wird. Der Beweis liegt hier in der Regel dem Excipienten ob, nämlich daß er das Versprechen aus Irrthum gegeben habe, obwohl auch ein anderes Verhältniß eintreten kann, wenn die auf Erfüllung des Versprechens gerichtete Klage aus einer Urkunde (cautio) erhoben wird, der Beklagte aber kraft der exceptio indebiti behauptet, daß er diese Urkunde aus Irrthum ausgestellt habe. Hier ist zu unterscheiden, ob in der Urkunde der Klaggrund, also das Geschäft selbst angegeben sey, aus welchem der Excipient das Schuldbekenntniß ausgestellt hat, oder ob die Urkunde nur im Allgemeinen das Schuldbekenntniß enthalte ohne weitere Angabe des Rechtsgeschäftes, auf welches sich dasselbe stützt: vtrum cautio *discrete* an *indiscrete* loquatur. Im erstern Falle hat allerdings der Excipient das indebitum zu beweisen, im letztern aber muß der Kläger darthun, daß er debite empfangen habe: L. 25. §. 4. D. *de Probat.*

Endlich ist aber auch noch die *condictio* indebiti auf solche Fälle angewendet worden, in welchen nicht von der Zurückforderung einer bereits übergebenen Sache die Rede ist:

1) wenn Jemand ex errore facti etwas versprochen hat und nun die condictio indebiti gegen den promissarius anstellt, daß dieser die Nichtigkeit des ihm gegebenen Versprechens anerkenne und, wenn das Versprechen schriftlich geschah, die Handschrift zurückgebe: L. 31. D. *de Condict. indeb.* und

2) wenn Jemand seinem Schuldner ex errore facti die Schuld erlassen hat, so kann er gegen denselben die condictio indebiti anstellen, damit er die Schuld wieder anerkenne und sich auf's Neue zur Bezahlung derselben verpflichte: L. 22. §. 1. D. *eod.*

§. 734.

Verwandte Klagen.

Aehnlich der condictio indebiti sind noch folgende Klagen, welche ebenfalls darauf gerichtet sind, daß der Beklagte das Empfangene zurückgebe, weil er es ohne rechtlichen Grund besitzt:

1. *condictio caussa data caussa non sequuta s. condictio ob caussam datorum* (die Klage wegen nicht geschehener Gegenleistung): actio personalis, qua vtitur is, qui principaliter praestitit, aduersus eum, qui principaliter praestare debuisset, sed non praestitit, ad id, quod praestitum est, cum omni caussa restituendum: L. 1. pr. u. L. 3. §. 2. D. *de Condict. caus. dat.* u. L. 52. D. *de Condict. indeb.* — Diese Klage kann, wie aus der gegebenen Definition hervorgeht, nur bey denjenigen Verträgen vorkommen, welche eine praestatio *principalis* von beyden Seiten erfordern und in welchen die eine praestatio stets das implementum ist, die andere aber entweder ebenfalls in dem implementum besteht, oder nur die perfectio negotii hervorbringt, daher diese Klage nicht nur bey contractibus *bilateralibus*, sondern auch bey *vnilateralibus*, wie z. B. nach R. R. beym Tauschcontrakte, vorkommen kann. Bey den Römern war sie allerdings weit häufiger, weil bey den contractibus realibus innominatis das ius poenitendi gestattet war, allein auch heut zu Tage ist sie nicht ohne Nutzen und kann besonders in folgenden Fällen angestellt werden:

a. wenn die Gegenleistung unmöglich oder nutzlos geworden ist: L. 1. §. 1. u. L. 2. D. *de Condict caus. dat.* — L. 7. in fin. D. *eod.*,

b. wenn Jemand dem Andern unter der Bedingung etwas gegeben hat, daß dieser eine bestimmte Handlung unterlassen solle, der Letztere sie aber dennoch vornimmt: L. 3. pr. u. §. 3. D. *eod.*

c. wenn Jemand einem negotiorum gestor etwas ausgezahlt hat, das Geschäft selbst aber vom dominus negotii nicht genehmigt wird: L. 14. D. *eod.*,

d. wenn der donatarius sub modo den modus nicht erfüllt: L. 2. C. *de Condict. ob caus. dator.* und

e. wenn ein Geschäft noch nicht juristisch eingegangen, aber dennoch in Bezug auf dasselbe bereits eine Leistung geschehen ist,

das Geschäft selbst aber wieder rückgängig wird: L. 11. §. 6. D. *de Act. emt. et vend.*;

2. *condictio ob turpem vel iniustam caussam*: actio personalis, quam instituit is, qui honeste dedit, aduersus turpiter accipientem, ad id, quod praestitum est, cum omni caussa restituendum: L. 1. §. 2. u. L. 2. D. *de Condict. ob turp. caus.*— Die Grenzen dieser Klage sind sehr beschränkt, denn nur Derjenige kann sie gebrauchen, welcher aus einem erlaubten Beweggrunde einem Andern etwas gegeben hat, der es aus einem unerlaubten Grunde in Empfang nahm, wie z. B. wenn Jemand einem Andern Geld giebt, damit er keinen Diebstahl oder Mord begehen solle: L. 2. *cit.* pr. Wenn also der Geber sich ebenfalls in turpi caussa befand, so fällt die Klage weg, denn es gilt der Grundsatz: in pari turpitudine melior est conditio possidentis: L. 3. D. *eod.* und eben so wenig kann die Klage angestellt werden, wenn Jemand turpiter gegeben, der Andere aber honeste empfangen hat, wie dieß in der L. 4. §. 3. D. *eod.* in Hinsicht auf die meretrix, als Empfängerin ihres Lohnes, behauptet wird, weil diese als eine turpis persona, in den einzelnen Fällen nur ihrer einmal erwählten Lebensweise folge.

Die condictio ob iniustam caussam wird gewöhnlich mit unter der bis jetzt erklärten Klage verstanden, zuweilen aber auch als selbstständiger Begriff angesehen und dann wird sie gegen Denjenigen angestellt, welcher etwas durch eine unerlaubte Handlung bereits erworben hat, wie z. B. durch Schenkung unter Ehegatten oder durch Erpressung: L. 6. D. *de Donat. int. vir. et vxor.* — L. 6. u. 7. D. *de Condict ob turp. caus.* Der Unterschied zwischen beyden Klagen besteht dann darin, daß bey der condictio ob turpem caussam nichts darauf ankommt, ob die unerlaubte Handlung schon vollzogen sey.

3. *Condictio sine caussa*: actio personalis, quam instituimus aduersus eum, qui rem aliquam ex nostro patrimonio depromtam sine iusto titulo, sed sub praetextu iuris possidet, ad rem cum omni caussa restituendam: L. 1. §. 3. D. *de Condict. sine caus.*

Diese Klage wird aber auch zuweilen in einem weitern Sinne verstanden, in welchem sie die oben erklärten mit umfaßt und gegen Jeden angestellt wird, welcher eine fremde Sache ohne einen rechtlichen Grund besitzt: L. 1. pr. u. §. 1. u. 2. D. *eod.*, es

möge nun dieser letztere gleich anfangs gemangelt haben, oder erst später verloren gegangen seyn: L. 1. *cit.* §. 3.

Im engern Sinne ist aber als wesentliches Erforderniß der praetextus iuris zu betrachten, auf welchen der Beklagte den Besitz der fraglichen Sache stützt und welchen er aus irgend einer obligatio ableitet, durch die der Kläger zur Uebergabe der Sache verbunden gewesen sey. Darum ist auch diese Klage eine condictio, also eine persönliche Klage und unterscheidet sich hierdurch von der rei vindicatio. So kann z. B. der quasiusufructuarius mit der condictio sine caussa auf Zurückgabe der ihm in Nießbrauch überlassenen res fungibiles belangt werden, wenn er keine cautio vsufructuaria leistet. Denn obwohl ihm der Nießbrauch zugestanden worden ist, so ist doch derselbe ein bloßer praetextus iuris, so lange noch keine Caution geleistet worden ist. Ein anderes Beyspiel zeigt sich in dem Falle, wenn Jemand in der Hoffnung, Geld geborgt zu bekommen, schon im Voraus eine Handschrift über eine bestimmte Summe ausgestellt hat, der Gläubiger aber zum Darlehne keine Anstalt macht. Hier kann der Gläubiger mit der condictio sine caussa auf Rückgabe der Handschrift in Anspruch genommen werden: L. 4. C. *de Condict. ex leg. et sine caus.*

Zweyter Titel.

Von den Quasidelictis.

§. 735.

Begriff und Gattungen.

Quasidelictum: delictum priuatum, quod culpa nititur. Durch die quasidelicta wird Jemand aus einer culpa (Fahrlässigkeit), im Gegensatze des dolus, verbindlich und zwar nicht immer aus der Fahrlässigkeit, welche er sich selbst zu Schulden gebracht hat, sondern in gewissen Fällen auch aus der Fahrlässigkeit anderer Personen. Daher werden die quasidelicta des R. R. überhaupt in zwey Classen getheilt, nämlich in quasidelicta ex culpa *propria* und quasidelicta ex culpa *aliena*.

§. 736.

I. Quasidelicta ex culpa propria.

Hierher gehören folgende drey Fälle:

1) iudex, qui litem suam fecit. Dieses quasidelictum besteht

darin, daß ein Richter entweder aus Unwissenheit, oder aus Fahrlässigkeit ein falsches Urthel gesprochen und hierdurch der einen oder andern Parthey einen Vermögensverlust zugezogen hat. In einem solchen Falle kann der Richter von dem Verletzten mit der actio in factum auf Ersatz jenes Verlustes in Anspruch genommen werden: L. 6. D. *de Extraord. cognit.* Hat aber der Richter durch Bestechung oder aus irgend einem andern Grunde absichtlich ein falsches Urthel abgefaßt, so ist sein Vergehen ein delictum publicum, welches die Absetzung nach sich zieht, aber in civilrechtlicher Hinsicht die Wirkung hat, daß der Richter nicht nur dem Verletzten vollständigen Schadenersatz leisten, sondern auch den für die eine oder andere Parthey ungünstigen Ausgang des Processes auf sich nehmen muß: L. 15. §. 1. D. *de Iudic.* u. L. 2. C. *de Poena iud. qui male iud.*;

2) mensor, qui falsum modum dixit. Der Feldmesser, welcher aus Unwissenheit oder Fahrlässigkeit eine falsche Berechnung aufgestellt hat, wird ganz, wie der iudex, qui litem suam fecit, betrachtet: L. 1. D. *Si mensor fals. mod. dix.* und dieselbe Analogie wendet man auch auf die verpflichteten Sachverständigen, wie auf Taxatoren, Rechnungsverständige 2c. an;

3) posita et suspensa. Wenn Jemand über einem Orte, welcher zum Vorübergehen oder Vorüberfahren dient (vbi vulgo iter fit), etwas hingesetzt oder aufgehangen hat, durch dessen Herabfallen Jemand beschädigt werden könnte, so findet eine actio popularis Statt (welche ein Jeder aus dem Volke anstellen kann), welche aber nicht gegen den Inhaber der Wohnung, des Zimmers oder Hauses, an welchem sich die fragliche Sache befindet, sondern stets nur gegen Den erhoben werden kann, welcher die Sache hingesetzt oder aufgehangen hat. Diese Klage heißt actio de positis et suspensis und wird auf Wegnahme der Sache und auf eine Privatstrafe von 10 aureis gerichtet: §. 1. Inst. *de Oblig. quae quasi ex del. nasc.* — Heut zu Tage gehört dieser Fall in's Polizeyrecht.

§. 737.

II. Quasidelicta ex culpa aliena.

Hierher gehören:

1) Receptum nautarum, cauponum et stabulariorum in Hinsicht auf den Schaden, welchen die Untergebenen oder Dienstboten

eines Schiffers oder Gastwirthes den Sachen eines Reisenden zugefügt haben: L. 7. pr. D. *Naut. caup.* Die aus diesem quasi-delicto entspringende Klage wird gegen den Schiffer oder Gastwirth auf das Doppelte des erweislichen Schadens angestellt: L. 7. *cit.* §. 1. Im Uebrigen ist hiervon bereits unter den pactis praetoriis die Rede gewesen und

2) deiecta et effusa. Wenn Jemand aus einem Fenster, oder von einem Dache oder Balcon etwas herabgeworfen oder gegossen und hierdurch einem Vorübergehenden Schaden zugefügt hat, so wird nicht Der, welcher dieß gethan, sondern der Bewohner des Haustheiles, von welchem aus der Schade angerichtet worden ist, in Anspruch genommen und zwar auf den Ersatz des Doppelten: L. 1. pr. u. §. 4. D. *de His, qui effud.*

Dritter Titel.

Von denjenigen Obligationen, welche auf der Billigkeit der Gesetze beruhen.

§. 738.

I. Lex Rhodia de iactu mercium.

Endlich giebt es unter den variis caussarum figuris noch gewisse Obligationen, welche dem strengen Rechte völlig fremd und nur durch Billigkeit eingeführt worden sind.

Den ersten und wichtigsten Fall einer solchen Obligation enthält die Lex Rhodia de iactu mercium, welche die Römer von der Insel Rhodus entlehnten, die in der See-Gesetzgebung berühmt war. Der wesentliche Inhalt dieses Gesetzes ist folgender:

Wenn sich ein Schiff in so großer Gefahr befindet, daß zu seiner Rettung kein anderes Mittel übrig bleibt, als einen Theil der Ladung über Bord zu werfen, so müssen die sämmtlichen Eigenthümer der Waaren und Effecten, aus welchen die Ladung besteht, den Verlust gleichmäßig tragen, so daß auch Diejenigen, deren Waaren unversehrt im Schiffe geblieben sind, nach Verhältniß zu contribuiren haben: L. 1. D. *de Leg. Rhod.* Soll nun dieses Gesetz zur Anwendung kommen, so wird erfordert, daß folgende Momente zusammentreffen:

1) die Gefahr, in welcher sich das Schiff befindet, muß rein casuell und darf nicht etwa durch Arglist oder Fahr-

lässigkeit der Schiffsführer veranlaßt worden seyn: L. 2. §. 2. D. *eod.*,

2) das Werfen über Bord ist nicht buchstäblich zu verstehen, sondern das Gesetz tritt auch dann ein, wenn die Waaren auf einem Boote ausgesetzt worden sind, dieses aber untergegangen ist, oder wenn zwar gewisse Waaren auf dem Schiffe verblieben, aber bey Gelegenheit der Schiffsgefahr unbrauchbar oder beschädigt worden sind: L. 4. pr. D. *eod.*,

3) das Schiff selbst muß durch diese Maaßregel gerettet worden und diese darf keine voreilige und unzeitige seyn: L. 4. §. 1. u. L. 5. pr. D. *eod.* und

4) die Waaren müssen wirklich verloren gegangen oder doch wenigstens nicht unversehrt wieder zum Vorscheine gekommen seyn: L. 2. §. 7. u. L. 4. in fin. D. *eod.*

Was nun den Beytrag betrifft, den die Eigenthümer der geretteten Effecten leisten müssen, so ist durch die L. Rhodia festgestellt worden, daß die sämmtlichen auf dem Schiffe befindlichen Waaren gewürdert werden sollen. Diese Würderung geschieht so, daß man bey den ausgeworfenen Waaren den Einkaufspreis, bey den geretteten aber den wahrscheinlichen Verkaufspreis annimmt: L. 2. §. 4. D. *eod.* — Die Beyträge selbst werden unter den sämmtlichen Interessenten, welche Waaren auf dem Schiffe gehabt haben, gleichmäßig berechnet, so daß natürlich auch die, deren Waaren über Bord geworfen worden sind, einen verhältnißmäßigen Antheil des Schadens tragen müssen. Die Klage auf diese Beyträge war nach R. R. mit vielen Weitläuftigkeiten verknüpft, weil sich die Beschädigten mit der actio conducti an den Schiffsherrn halten mußten, dieser aber mit der actio locati die Eigenthümer der geretteten Sachen in Anspruch zu nehmen hatte: L. 2. pr. u. §. 2. D. *eod.* — Heut zu Tage findet gleich direct eine actio in factum ad id, quod interest unter den Interessenten selbst Statt.

Endlich dehnt man auch die L. Rhodia noch auf zwey andere, analoge Fälle aus:

1) wenn einer der Interessenten das Schiff von Seeräubern losgekauft hat: L. 2. §. 3. D. *eod.* und

2) wenn ein oder mehrere Häuser bey Belagerungen oder bey Feuers- oder Wassersnoth niedergerissen werden, in welchem Falle

aber freylich die Grenzen sehr schwer zu ziehen sind, weil man zu sehr in's Reich der Möglichkeiten eingehen muß.

§. 739.

II. Actio ad edendum et exhibendum.

Nach strengem Rechte ist Niemand verbunden, seine Sache, welche er eigenthümlich besitzt, einem Andern zur Ansicht oder zum Gebrauche zu überlassen, aber durch Billigkeit ist der Grundsatz eingeführt worden, daß, wenn Jemand sein rechtliches Interesse bescheinigen kann, eine fremde Sache zu sehen oder zu einem bestimmten Zwecke zu gebrauchen, der Eigenthümer dieses Verlangen erfüllen muß. Daher:

1) actio ad exhibendum, welche Jemand bloß zu dem Zwecke anstellt, daß ihm eine bestimmte Sache vorgezeigt werde und, dafern der Besitzer sich weigert, auf Schadenersatz: L. 2. u. 3. pr. u. §. 3. D. *Ad exhib.* In vielen Fällen wird diese Klage erhoben, um eine dingliche Hauptklage, namentlich die rei vindicatio, dadurch vorzubereiten: §. 1. D. *eod.* (§. 430.). Doch kommt die actio ad exhibendum zuweilen auch in einem weitern Sinne vor, in welchem sie theils darauf gerichtet wird, daß der Besitzer die Trennung gewisser dem Kläger zugehöriger Sachen von seiner, des Beklagten, Sache gestatte: L. 5. §. 2—5. D. *Ad exhib.* theils auf Schadenersatz, wenn Jemand durch das Unrecht eines Andern verletzt worden ist: L. 9. §. 1—4. D. *eod.*

2) actio ad edendum, welche dann erhoben wird, wenn es sich nicht bloß darum handelt, daß der Kläger die Sache zu sehen bekomme, sondern wenn derselbe die Uebergabe der letztern zu einem bestimmten, obwohl vorübergehenden Gebrauche verlangt, wie dieß besonders bey Urkunden vorkommt, welche im Original oder in Abschrift zu gerichtlichen Akten genommen werden müssen: L. 1. §. 3. L. 3. u. L. 6. pr. D. *de Edendo.*

§. 740.

III. Pauperies und Pastus.

Im R. R. konnte der Schaden, der einem Andern durch Beeinträchtigung seines Vermögens zugefügt wurde, von vierfacher Art seyn: damnum iniuria datum, welchen ein freyer Mensch, noxia, welchen ein Sklave, pauperies, welchen ein Hausthier gegen

seine Natur und pastus, welchen ein Hausthier auf Antrieb seiner Natur verursachte. Von diesen können, im Sinne des R. R., heut zu Tage nur noch die beyden letztern zur Anwendung kommen.

1. Pauperies. Diese ist ursprünglich nur auf vierfüßige Hausthiere bezogen worden, welche gegen ihre Natur einen Schaden angerichtet haben, wie das Ausschlagen eines Pferdes, das Stoßen eines Stieres mit dem Horne, das Beißen eines Hundes: L. 1. §. 4. u. 7. D. *Si quadrup. paup.*, später aber wurde sie analogisch auch auf andere Thiere ausgedehnt: L. 4 D. *eod.* Die hier anzustellende Klage heißt actio de pauperie und wird von dem Beschädigten gegen den Eigenthümer des Thieres auf vollständigen Ersatz des zugefügten Schadens angestellt: L. 1. §. 12. D. *eod.*, wovon sich jedoch der Beklagte durch noxae datio, nämlich dadurch befreyen kann, daß er das Eigenthum an dem Thiere dem Beschädigten überläßt: L. 1. pr. D. *eod.* pr. §. 1. Inst. *de Offic. iud.*

2. Pastus. Hier wird vorausgesetzt, daß irgend ein Hausthier, bloß weil es dem Triebe seiner Natur folgte, einen Schaden angerichtet hat, wie durch Abfressen oder Abweiden fremder Früchte, und in einem solchen Falle kann gegen den Eigenthümer des Thieres die actio de pastu angestellt werden: L. 14. §. 3. D. *de Praescr. verb.*, welche übrigens in ihrer Natur mit der actio de pauperie übereinstimmt.

§. 741.

IV. Actiones adiectitiae qualitatis in sensu strictiori.

Der Begriff der actiones adiectitiae qualitatis, sowohl im weitern, als im engern Sinne, ist bereits oben (§. 189.) angegeben worden. Hierher gehören nur die letztern und sind einzeln folgende:

1. *actio exercitoria*: quae aduersus exercitorem nauis ex contractu cum magistro nauis inito mouetur: L. 1. pr. D. *de Exercit. act.* Der magister nauis ist der Schiffscapitän, welcher vom exercitor nauis (dem Schiffsrheder, Schiffseigenthümer) durch eine bestimmte Vollmacht (lex praepositionis): L. 1. *cit.* §. 12. berechtigt worden ist, gewisse Geschäfte in Hinsicht auf das Schiff abzuschließen. Wenn nun Jemand mit dem magister nauis in Gemäßheit der lex praepositionis einen Contrakt eingegangen hat, so kann er aus diesem Contrakte gültiger Weise den exercitor

nauis direct belangen, obwohl es ihm auch frey steht, den magister nauis in Anspruch zu nehmen: L. 1. *cit.* §. 17. Ursprünglich, nämlich nach dem prätorischen Edicte konnte diese Klage nur gegen den exercitor nauis, nicht von demselben angestellt werden, aber das neuere R. R. gestattet dieselbe auch dem exercitor gegen den Dritten: L. 1. *cit.* §. 18.;

2. *actio institoria*: quae aduersus dominum tabernae instituitur ex contractu cum institore inito: L. 1. D. *de Instit. act.* Der institor ist der zu Führung eines kaufmännischen Geschäftes Bevollmächtigte, welchen man heut zu Tage Procurist nennt und kann ebenfalls nur nach Vorschrift der lex praepositionis mit dritten Personen gültige Geschäfte abschließen: L. 5. §. 11. D. *eod.* Doch wird die Klage auch auf nicht kaufmännische Geschäftsführungen, z. B. auf die Verwaltung eines Hauses, eines Gewerbes ꝛc. angewendet: L. 5. *cit.* §. 1. u. §. 4—10.;

3. *actio quod iussu*: quae instituitur aduersus patrem (vel dominum) ex contractu cum filiofamilias (aut seruo), illo iubente, inito: §. 1. Inst. *Quod cum eo, qui in al. pot.* u. L. 1. §. 3. D. *Quod iussu.* Diese Klage kann unbedingt gegen den Vater angestellt werden, wenn dieser seinem Sohne, der sich in väterlicher Gewalt befand, zur Abschließung des Geschäftes Auftrag gegeben hatte, nur wird vorausgesetzt, daß sich das Geschäft nicht auf ein peculium des Sohnes bezogen habe;

4. *actio de peculio*: quam is, qui cum filiofamilias de peculio eius profectitio contraxit, aduersus patrem instituit ad solutionem, quanta ex peculio fieri potest, praestandam: §. 4. Inst. *Quod cum eo, qui in al. potest.* u. §. 36. Inst. *de Act.* Zu dieser Klage ist nicht erforderlich, daß der Vater in das vom Sohne abgeschlossene Geschäft eingewilligt habe, doch ist er nur insoweit gehalten, als das peculium reicht und kann seine eigenen Forderungen vorher abziehen: L. 5. §. 4. D. *de Pecul.*;

5. *actio tributoria* (*distributoria*): quam creditores, qui cum filiofamilias de peculio eius profectitio contraxerunt, aduersus patrem instituunt ad merces illo peculio comprehensas inter ipsos solutionis gratia distribuendas: §. 3. Inst. *Quod cum eo, qui in al. pot.* — Diese Klage setzt voraus, daß der Sohn mit seinem peculium profectitium einen Waarenhandel betreibt und seine Gläubiger nicht befriedigen kann. Die Letzteren können nun den Vater ihres Schuldners mit der actio tributoria in Anspruch

nehmen und verlangen, daß dieser die sämmtlichen, noch vorhandenen Waaren nach Verhältniß ihrer Forderungen unter sie vertheile. Hat der Vater selbst Forderungen an das Waarengeschäft, so kann er diese nicht, wie bey der actio de peculio, vor den übrigen Gläubigern abziehen, sondern wird bey der Vertheilung denselben gleichgestellt: L. 5. §. 7. D. *de Tributor.* und

6. *actio de in rem verso*: quae aduersus eum instituitur, qui ex negotio alieno vtilitatem percepit: §. 4. Iust. *Quod cum eo, qui in al. pot.* Der Ursprung dieses Begriffes ist, wie aus dem angeführten Gesetze hervorgeht, die dominica und patria potestas. Wenn also z. B. ein Sohn Geld aufgenommen hat, um die Gläubiger seines Vaters damit zu befriedigen, so kann der Darleiher dieses Geldes die actio de in rem verso gegen den Vater gebrauchen: actio de in rem verso *directa.* Doch gestattete das R. R. später eine Analogie dieses Verhältnisses für den Fall, daß die Mittelsperson kein homo *alieni*, sondern *sui iuris* und als negotiorum gestor zu betrachten ist: L. 7. §. 1. C. *Quod cum eo, qui in al. pot.* und diese Klage wird daher actio de in rem verso *vtilis* genannt, welche heut zu Tage sogar in allen denjenigen Fällen zuläßig ist, in welchen Jemand aus einem fremden Geschäfte Vortheil gezogen hat, wenn auch der Begriff der negotiorum gestio nicht darauf Anwendung leidet.

Endlich rechnet man zu den obligationibus ex aequitate auch noch die Verbindlichkeit des stuprator, zur Ernährung seines Kindes beyzutragen, ferner die Verbindlichkeit, in fremden Angelegenheiten Zeugniß zu geben und die, welche aus den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums hervorgeht. (§. 408.)

Vierter Abschnitt.

Von der Beendigung der Obligationen.

§. 742.

Eintheilungen der Beendigungsarten.

Die Aufhebungsgründe der Obligationen werden auf doppelte Weise eingetheilt:

1) in solche, wodurch die Obligationen ipso iure und in solche, wodurch dieselben erst ope exceptionis aufhören.

Ipso iure hört eine obligatio auf, wenn sie sogleich mit der Existenz des Aufhebungsgrundes, kraft des Gesetzes selbst, ihre rechtliche Wirkung verliert, so daß die obligatio als vernichtet betrachtet und der Aufhebungsgrund vom Richter berücksichtigt werden muß, ehe sich noch der eine oder andere Theil auf denselben beruft: L. 27. §. 2. D. *de Pact.*

Ope exceptionis aber wird eine obligatio als aufgehoben betrachtet, wenn der Aufhebungsgrund erst zu der Zeit berücksichtigt wird, zu welcher der Beklagte, der auf Erfüllung der obligatio belangt worden ist, den Aufhebungsgrund durch eine Einrede oder irgend ein anderes Rechtsmittel geltend gemacht hat. Hierher gehören z. B. diejenigen Obligationen, welche nur durch restitutio in integrum aufgehoben werden können: L. 84. §. 5. D. *de Legat. I.*;

2) in solche, wodurch alle Obligationen ohne Unterschied und in solche, wodurch nur gewisse Obligationen aufhören, nämlich die, welche auf Verbal- und Consensual-Contrakten beruhen und welche für jene in der Acceptilation, für diese im mutuus dissensus bestehen: modi tollendarum obligationum *communes* et *proprii.*

Da aber die erste Eintheilung mehr mit dem Gerichtsverfahren der Römer als mit dem Rechte selbst zusammenhieng und die letztere, weil es heut zu Tage nur einen einzigen modus proprius, nämlich den mutuus dissensus, giebt, zu unfruchtbar ist, so scheint es passender zu seyn, diese Eintheilungen bey Aufzählung der Aufhebungsgründe unberücksichtigt zu lassen.

I. Solutio.

§. 743.

1. Begriff.

Das Wort solutio kommt überhaupt in einem dreyfachen Sinne vor:

1) im weitern Sinne ist solutio gleichbedeutend mit modus tollendae obligationis, worunter also jede Aufhebungsart der Obligationen zu verstehen ist,

2) im engern Sinne ist solutio so viel, als implementum, also: praestatio eius, quod in obligatione est: L. 176. D. *de V. S.*

3) im engsten Sinne bezeichnet solutio nur dasjenige implementum, welches in der Leistung von baarem Gelde besteht: L. 49. D. *de Solut.*

§. 744.

2. Erfordernisse:

a. in Bezug auf die Personen.

Die Personen, welche bey einer solutio concurriren, sind

1) Derjenige, welcher die Zahlung leistet. Dieser kann entweder der Schuldner selbst, oder ein Dritter seyn, in beyden Fällen ist aber die Zahlung nur dann gültig, wenn der solvens das Befugniß hat, seine Güter zu veräußern: §. 2. in fin. Inst. *Quib. alien. lic.* u. L. 14. §. 8. D. *de Solut.* — Aus diesen Gesetzen geht zugleich hervor, daß, wenn der Schuldner selbst kein Veräußerungsrecht hat, die Zahlung von Demjenigen geleistet werden muß, welcher die Person desselben zu vertreten hat, also vom Vater, Vormund oder Curator. Ist aber Der, welcher die Zahlung leistet, ein Dritter und zwar ein solcher, welchem das Veräußerungsrecht zusteht, so hat er entweder vom Schuldner Auftrag zur Zahlung erhalten und dann kann er die Wiedererstattung des Bezahlten mit der actio mandati contraria vom Schuldner verlangen: L. 27. §. 4. u. L. 45. §. 4. D. *Mandat.*, oder er hat die Zahlung ohne Auftrag geleistet und in diesem Falle steht ihm gegen den Schuldner die actio negotiorum gestorum contraria zu: L. 19. §. 4. in fin. D. *de Neg. gest.*, oder endlich er hat gegen den ausdrücklichen Widerspruch des Schuldners für diesen bezahlt. Hier gewährt ihm die geleistete Zahlung keine Klage gegen den Schuldner: L. 8. §. 3. D. *eod.* und es bleibt ihm daher nichts übrig, als sich vom Gläubiger iura cessa gegen den Schuldner geben zu lassen. Demungeachtet wird in allen bis jetzt aufgestellten Fällen der Schuldner von seiner Verbindlichkeit gegen den bisherigen Gläubiger gänzlich befreyt: pr. Inst. *Quib. mod. toll. oblig.*;

2) Derjenige, welchem die Zahlung geleistet wird. Dieser kann entweder der Gläubiger selbst, oder dessen Bevollmächtigter seyn: L. 12. pr. D. *de Solut.* Doch wird auch für die Person des Gläubigers erfordert, daß derselbe das freye Veräußerungsrecht über seine Güter habe, weil durch Zahlung die obligatio aufgelöst wird, die Aufhebung der obligatio aber von Seiten jedes Gläubigers eine Veräußerung bewirkt: L. 15. D. *eod.* Hat nun der Gläubiger das Veräußerungsrecht nicht,

so ist die ihm geschehene solutio null und nichtig, weshalb denn an einen pupillus oder curandus niemals gültig Zahlung geleistet werden kann.

§. 745.

b. In Bezug auf den Gegenstand.

Ueber den Gegenstand der solutio gelten folgende Grundsätze:

1) die solutio muß gerade in derjenigen Leistung bestehen, welche den Zweck der obligatio ausmacht, ausgenommen in denjenigen Fällen, in welchen die datio in solutum gestattet ist (§. 638.),

2) sie muß in der Regel vollständig und erschöpfend seyn, es müßte denn entweder das beneficium competentiae (637.), oder das beneficium diuisionis Platz ergreifen (§. 635.),

3) sie muß zur rechten Zeit und am rechten Orte geschehen, weil außerdem die Nachtheile eintreten, welche die mora temporis und loci mit sich bringt (§. 189. u. §. 639.),

4) wenn ein Schuldner an einen und denselben Gläubiger aus verschiedenen Geschäften verschiedene Zahlungen zu leisten hat und nun eine gewisse Summe auf Abschlag bezahlt, so hat zuerst der Schuldner zu bestimmen, welche obligatio durch die Zahlung aufgehoben seyn solle, hat dieser es nicht gethan, so kann es der Gläubiger, ist dieß aber von keinem der Contrahenten geschehen, so wird die Zahlung zunächst auf die rückständigen Zinsen gerechnet, in deren Ermangelung aber auf dasjenige Geschäft, in Hinsicht auf welches der Schuldner die härtesten Bedingungen übernommen hatte, in duriorem caussam, wie z. B. auf dasjenige Geschäft, für welches der Schuldner eine Caution geleistet hatte, und wenn auch ein solches nicht vorhanden ist, auf die älteste Schuld. Wenn aber endlich die Schulden alle gleichzeitig contrahirt worden waren, so wird verhältnißmäßig von den sämmtlichen Posten ein partieller Abzug statuirt: L. 1. §. 3—5. L. 7. u. 8. u. L. 89. D. *de Solut.* und

5) die Wirkung der solutio ist die, daß nicht nur die obligatio *principalis*, sondern auch alle die damit verbundenen obligationes *accessoriae*, z. B. die Bürgschaften, gänzlich aufgehoben werden: L. 43. D. *eod.*

§. 746.

3. Beweis.

Der Beweis einer erfolgten Zahlung wird stets Demjenigen auferlegt, der sie geleistet zu haben behauptet: L. vlt. C. *de Solut.* und geschieht am Häufigsten durch apochas (Quittungen), obwohl Zeugen, Eidesdelation und andere Beweismittel nicht ausgeschlossen sind. Wenn nun die Zahlung durch Quittungen bewiesen werden soll, so wird der Beweis erst dann als existirend betrachtet, wenn, von der Ausstellung der Quittung an gerechnet, bereits 30 Tage verflossen sind, denn innerhalb dieser Zeit kann der Gläubiger noch die Behauptung aufstellen, daß er das fragliche Geld nicht empfangen und die Quittung nur in Erwartung desselben ausgestellt habe: L. 14. §. 2. C. *de Non numer. pec.*

Hierher gehört aber auch noch die Rechtspräsumtion, kraft welcher ein Schuldner, welcher terminliche Zahlungen zu leisten hat und die Quittungen auf die drey neuesten Termine beybringt, von dem Beweise, daß er auch die früheren Termine entrichtet habe, befreyt ist: L. 3. C. *de Apoch. publ.*

§. 747.

II. Oblatio et Depositio.

Wenn der Gläubiger die Zahlung, welche ihm zu rechter Zeit und am rechten Orte angeboten worden ist, anzunehmen sich weigert, so kann er hierdurch demungeachtet die Aufhebung der obligatio nicht verhindern, dafern der Schuldner den Betrag seiner Schuld gerichtlich deponirt: L. 9. C. *de Solut.* Nimmt aber der Schuldner die Zahlung zurück, ohne sie gerichtlich zu deponiren, so bleibt die obligatio nach, wie vor, bestehen und der Schuldner muß auch noch ferner Zinsen bezahlen: L. 7. D. *de Vsur.*

In gewissen Fällen reicht aber zur Aufhebung der obligatio schon die bloße depositio, ohne vorgängige oblatio, hin:

1) wenn der Gläubiger abwesend ist und

2) wenn der Gläubiger nicht berechtigt ist, Zahlungen in Empfang zu nehmen und der Schuldner nicht weiß, an wen er eigentlich zu zahlen habe. Dieser Fall kann z. B. vorkommen, wenn der Gläubiger unmündig und ihm noch kein Vormund bestellt worden ist: L. 7. §. 1. D. *de Minorib.*

Eine solche depositio, welche ohne vorgängige oblatio geschieht, wird depositio *extraordinaria* genannt.

§. 748.

III. Compensatio.

Compensatio: crediti et debiti mutui imputatio, qua vtrumque tollitur: L. 1. D. *de Compensat.*

Die Erfordernisse dieses Begriffes sind folgende:

1) Reciprocität der Forderungen, es mögen nun dieselben auf Civil- oder Natural-Obligationen beruhen, dafern nur die letzteren obligationes naturales iure ciuili non plane reprobatae sind: L. 6. D. *eod.* in Verbindung mit L. 9. D. *eod.*

2) Gleichartigkeit der Forderungen. Diese kann jederzeit nur bey rebus *fungibilibus* Statt finden und auch bey diesen nur dann, wenn sie von einer und derselben Gattung sind: arg. L. 2. §. 1. D. *de Reb. cred.* Daher ist bey dem Grundsatze: genus cum genere compensari non potest, das Wort genus im philosophischen, nicht im juristischen Sinne zu verstehen. (§. 382.) Hieraus geht nun hervor, daß weder eine species cum specie, noch eine species cum genere compensirt werden kann: L. 3. in fin. D. *eod.*,

3) die gegenseitigen Forderungen müssen liquid, d. h. vollständig erwiesen seyn, so daß es zu ihrer Feststellung nicht erst processualischer Weiterungen bedarf: L. vlt. §. 1. C. *eod.*,

4) die gegenseitigen Forderungen dürfen nicht von einer Bedingung oder Zeitbestimmung abhängig seyn, sie müssen also debita *pura* und zur Zeit der Compensation schon fällig seyn: L. 7. D. *eod.* Eine Ausnahme von dieser Regel findet in Hinsicht auf die Zeitbestimmung Statt. Wenn nämlich der Gläubiger seinem Schuldner kurz vor der Verfallzeit Prolongation gegeben hat, der Schuldner aber vor Ablauf der Prolongationszeit eine gleichartige Forderung gegen den Gläubiger erworben hat, so schadet es dem Gläubiger nichts, daß die Prolongationszeit noch nicht abgelaufen ist, es sind vielmehr die gegenseitigen Forderungen sogleich als compensirt anzunehmen: ratio humanitatis cessat in debitore, qui compensare potest: L. 16. §. 1. D. *eod.*

Alle die bis jetzt erklärten Erforderniſſe der Compenſation laſſen ſich nun mit der Regel umfaſſen: compensatio fieri debet de debitis mutuis, aequalibus, liquidis et puris.

Im Uebrigen ſind aber in Hinſicht auf die compensatio noch folgende Grundſätze zu merken:

1) compensatio fit ipso iure, d. h. ſie tritt in demſelben Augenblicke ein, in welchem der Gegner eine Forderung erwirbt und der Richter hat ſie ex officio zu berückſichtigen, wenn ſie ſich als erwieſen darſtellt, ohne daß Der, welchem ſie zu Statten kommt, ſich darauf zu berufen braucht: L. 4. u. L. 21. D. *eod.*

2) bey jeder Compenſation muß eine genaue Abrechnung der gegenſeitigen Forderungen Statt finden, ſo daß die größere Forderung von der einen Seite nur inſoweit erliſcht, als ſie durch die kleinere von der andern Seite aufgehoben wird: L. 4. C. *eod.*,

3) durch die compensatio wird nicht nur die Hauptverbindlichkeit, ſondern es werden dadurch auch alle obligationes accessoriae aufgehoben: L. 4. D. *eod.* Hieraus geht hervor, daß von der Zeit der eingetretenen Compenſation an jede Zinſenzahlung bis zur concurrenten Summe aufhört, daß alle nachtheilige Wirkungen der mora wegfallen und die ſämmtlichen Pfandverhältniſſe und Bürgſchaften ihre Gültigkeit verlieren. Endlich

4) die Compenſation, wenn ſie auch wirklich exiſtirt, kann demungeachtet nicht geltend gemacht werden:

a. von Seiten eines depositarius: L. vlt. §. 1. in fin. C. *eod.*

b. von Seiten Deſſen, welcher auf eine ungeſetzliche Weiſe in den Beſitz der Sache gekommen iſt, die Demjenigen angehört, gegen welchen er die Compenſation geltend machen will: L. vlt. *cit.* §. 2. und

c. gegen den Fiscus, inſofern dieſer rückſtändige Abgaben, Zölle, Kaufgelder oder geliehene Capitalien zu fordern hat: L. 3. u. 7. C. *eod.*

IV. Nouatio.

§. 749.

1. Begriff.

Nouatio: quilibet actus, quo obligatio in aliam formam transmutatur: L. 1. D. *de Nouat.*

Zu diesem Begriffe ist erforderlich:

1) der consensus partium, er sey nun verus, oder praesumtus: L. 1. C. *eod.* Ein consensus praesumtus ist z. B. bey jeder litis contestatio vorhanden, welche bekanntlich eine nouatio necesssaria ist (§. 750.),

2) daß die obligatio, mit welcher die Veränderung vorgeht, rechtlich begründet sey, obwohl es nicht darauf ankommt, auf welcher caussa ciuilis dieselbe beruhe: L. 1. §. 1. D. *eod.* und

3) daß auch das neue Geschäft, in welches die frühere obligatio verwandelt wird, zu Recht beständig sey: L. 20. §. 1. D. *eod.*

§. 750.

2. Eintheilungen.

Die nouatio wird eingetheilt:

1) in nouationem *ex persona* und *ex re*, jenachdem die Veränderung in Hinsicht auf die Personen der Contrahenten oder in Bezug auf die caussa ciuilis des Geschäftes selbst eintritt: L. vlt. C. *de Nouat.*

2) in nouationem *necessariam* und *voluntariam*: L. 29. D. *de Nouat.*

Nouatio necessaria: quae certis negotiis ipso iure inest. Hier bedarf es nicht erst der Einwilligung von Seiten der Betheiligten, sondern es ist eine nouatio vorhanden, so wie das fragliche Rechtsverhältniß zwischen ihnen eingetreten ist. Die nouationes necessariae sind überhaupt vierfach: litis contestatio, transactio, iusiurandum und res iudicata. Diese sämmtlichen Novationen haben die Wirkung, daß von dem Augenblicke an, in welchem sie eingetreten sind, das ursprüngliche Recht oder Unrecht der betreffenden Personen nicht mehr berücksichtigt wird, sondern das Verhältniß der letztern von demjenigen Standpunkte aus betrachtet wird, auf welchen es durch die Novation versetzt worden ist.

Nouatio voluntaria: quae consensu vtriusque partis expresse declarato nititur. Hierher gehört z. B. die delegatio im engern Sinne, von welcher unten die Rede seyn wird;

3) in *priuatiuam* und *cumulatiuam*: L. vlt. C. *de Nouat.* u. L. 29. D. *eod.*

Nouatio priuatiua: qua pristina obligatio vel in totum vel pro parte tollitur, z. B. die expromissio.

Nouatio cumulatiua: quae, salua priori obligatione, huic ipsi nouum vinculum adiicit, z. B. die fideiussio.

§. 751.

3. Von der nouatio priuatiua in's Besondere.

Die nouatio priuatiua hat die Wirkung, daß die frühere obligatio sammt allen Nebenforderungen gänzlich aufgehoben wird: L. 8. u. L. 15. D. *de Nouat.* Doch kann der animus nouandi niemals präsumirt, sondern es muß dazu die Einwilligung der Interessenten ausdrücklich erklärt werden: L. vlt. C. *eod.*

Die nouatio priuatiua ist entweder nouatio *simplex*, bey welcher die Person des Schuldners dieselbe bleibt: L. 1. §. 6. D. *de Pec. const.* u. L. 8. §. 1. D. *de Nouat.*, oder nouatio *ad delegationem*, kraft welcher an die Stelle des bisherigen Schuldners ein neuer tritt: L. 91. D. *de Solut.* u. L. 31. D. *de Nouat.*

Die nouatio *simplex* kann nur nouatio ex re seyn und zwar dergestalt, daß hier entweder die caussa ciuilis des ganzen Geschäftes umgewandelt wird, oder die nouatio bloß den Gegenstand oder Nebenumstände der Forderung betrifft, wie z. B. Bedingungen oder Zeitbestimmungen.

Die nouatio *ad delegationem* hingegen ist stets ex persona und von doppelter Art:

1) *expromissio*: delegatio, qua quis alienam obligationem ita in se suscipit, vt pristinus debitor ab obligatione sua plane liberetur: L. 8. §. 5. D. *de Nouat.*

2) *delegatio in specie sic dicta*: delegatio, qua debitor, consentiente creditore, nouum debitorem in suum locum substituit: L. 3. C. *eod.*

Der Unterschied zwischen der expromissio und der delegatio in specie sic dicta besteht darin, daß die expromissio auch ohne Einwilligung des Schuldners geschehen kann: L. 91. D. *de Solut.* die delegatio in specie aber einen dreyfachen Vertrag, mithin eine dreyfache Einwilligung voraussetzt:

a. der bisherige Schuldner (delegans) setzt einen Andern (delegatus) mit dessen Einwilligung an seine Stelle: L. 12. in fin. D. *eod.*,

b. der Gläubiger (delegatarius) giebt seine Einwilligung, den delegatus als seinen Schuldner anzuerkennen: L. 11. pr. D. *eod.* und

c. der delegatus verspricht dem delegatarius, das vom delegans (dem bisherigen Schuldner) gegebene Versprechen zu erfüllen: L. 11. u. L. 24. D. *eod.*

§. 752.

4. Von der Cession.

Cessio: actus, quo quis ius personale sibi competens in alterum ita transfert, vt hic ipsum in suam vtilitatem exercere possit. Die Cession ist nur insofern eine nouatio, als die Person des **Gläubigers** sich ändert, denn Der, welcher seine Forderung an einen Andern abgetreten hat (cedens), kann dieselbe immer noch so lange geltend machen, bis der Schuldner (cessus) durch Den, an welchen sie abgetreten wurde (cessionarius), von der erfolgten Abtretung in Kenntniß gesetzt worden ist: L. 4. C. *Quae res pign. oblig.*

Die Cession unterscheidet sich nun:

1) von der expromissio dadurch, daß bey dieser ein Anderer an die Stelle des **Schuldners**, bey der Cession aber ein Anderer an die Stelle des **Gläubigers** tritt,

2) von der delegatio in specie sic dicta dadurch, daß es zur Cession keinesweges der Einwilligung des Schuldners bedarf und endlich

3) von der adsignatio (Anweisung) dadurch, daß der adsignatarius, d. h. Der, welcher von seinem Schuldner (adsignans) den Auftrag empfängt, sich eine bestimmte Summe Geldes von einem Dritten (adsignatus) auszahlen zu lassen und das Empfangene als Zahlung für sich zu behalten: L. 34. pr. D. *Mandat.*, noch keinesweges die Forderung selbst gegen den adsignatus erwirbt, wenn nicht dieser den adsignatarius als seinen Gläubiger anerkannt hat, daher die Rechtsregel: adsignatio non est solutio. Wenn also der adsignatarius vom adsignatus nicht befriedigt wird, so kann er immer noch seine Forderung an den adsignans geltend machen, was bey dem cessionarius in gleichem Verhältnisse nicht der Fall ist, denn der cedens braucht nur für die veritas, nicht aber für die bonitas der cedirten Forderung einzustehen: L. 4. u. 5. D. *de Heredit. vel act. vend.* Da es nun auf diese Weise

leicht ist, Forderungen an sich zu bringen, so verordnete der Kaiser Anastasius in der L. 22. C. *Mandat.*, daß Niemand Forderungen kaufen dürfe, wenn er nicht den wahren Werth derselben bezahle, daß also der cessionarius vom cessus nicht mehr erhalten solle, als er selbst für die Forderung gegeben habe und dieses Gesetz bestätigte Justinian in der L. 23. C. *eod.* Fordert daher der cessionarius vom cessus mehr, als er selbst bezahlt hat, so setzt ihm dieser die exceptio legis Anastasianae entgegen.

Die übrigen modi tollendarum obligationum sind bereits oben in der Lehre von dem Verluste der Rechte (§. 163—165.) erklärt worden.



Register.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

I.

K.

L.

M.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.

